



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

---

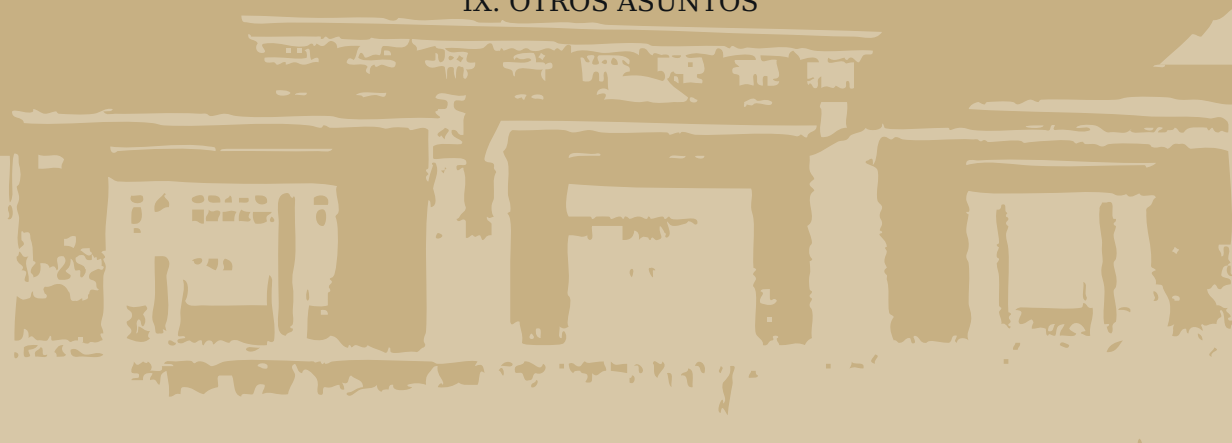
# **Memoria 2017**

---

## **TOMO III**

### **CONCEPTOS:**

- V. ENTIDADES TERRITORIALES
- VI. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL
- VII. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS
- VIII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES
- IX. OTROS ASUNTOS





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

---

# Memoria 2017

---

## TOMO III

**CONCEPTOS:**

- 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
- IX. OTROS ASUNTOS

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

## 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.

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

Como bien lo ha destacado Álvaro Namén Vargas, miembro de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en publicación conmemorativa, “... *mucho ha pasado desde aquel “Consejo Provisional de Estado”, creado por el Libertador Simón Bolívar, mediante Decreto de fecha 3º de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, compuesto por un número indefinido de políticos, militares y juristas, sin una organización determinada, sin una ubicación específica en la estructura del Estado (¿cuál Estado?) y sin funciones jurisdiccionales. Mucho ha cambiado desde aquel momento en el que el Consejo de Estado tenía como objeto principal 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 documentado artículo de Guillermo Sánchez Luque, Consejero de Estado de la Sección Tercera de este tribunal, quien recuerda que dicha actividad “... *ha cumplido un rol determinante en nuestro sistema democrático, no 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 francesa de servicio*

1 NAMEN 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.

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



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

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

	<b>Radicado 2017-00118</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00170</b> .....	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. <b>Radicado 2017-00174</b> .....	349

### TERCERA PARTE

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

<b>I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO</b> .....	<b>367</b>
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. <b>Radicado 2137</b> .....	369
2. Delegación de funciones entre entidades públicas. <b>Radicado 2305</b> .....	377
3. Condiciones para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica. <b>Radicado 2342</b> .....	392
4. Eficacia de la notificación por aviso y electrónica. <b>Radicado 2316</b> .....	407
5. Conflicto de normas. Comisión. Inspectores de Policía. <b>Radicado 2332</b> .....	469
6. Modificación de actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes. <b>Radicado 2345</b> .....	484
7. Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud. <b>Radicado 2358</b> .....	501

## TOMO II

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

### **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

---

## V. ENTIDADES TERRITORIALES

---





## 1. Categorización presupuestal de los departamentos. Suspensión provisional

### Radicado 2315

Fecha: 06/12/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 15 de junio de 2017

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la autoridad competente para determinar la categorización presupuestal de los departamentos.

### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, a través del auto Interlocutorio No. 453 del 2 de septiembre de 2016, ordenó la suspensión provisional del Decreto No. 1561 del 28 de octubre de 2015 “por medio del cual se determinó la categoría presupuestal para el departamento del Valle del Cauca para la vigencia 2016”.
2. Como consecuencia de la decisión adoptada por el Tribunal, la Gobernadora del Valle del Cauca mediante una comunicación radicada el 15 de septiembre de 2016, solicitó a la Contaduría General de la Nación que asumiera la potestad subsidiaria de expedir la certificación de categorización del departamento.
3. El Contador General de la Nación, mediante escrito del 29 de septiembre de 2016, solicitó que se elevara una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con el propósito de que se determinara su competencia para expedir la respectiva categorización para la vigencia fiscal en curso.
4. La autoridad consultante señaló que no existe claridad frente a si el Gobernador puede expedir un nuevo acto administrativo, en consideración a la prohibición consagrada en el artículo 237 de la Ley 1437 de 2011, o si la competencia se encuentra en cabeza de la Contaduría General de la Nación.

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

1. *¿Cuál es la entidad administrativa facultada legalmente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal de los departamentos, para la vigencia fiscal en curso, cuando dicho acto administrativo es suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa?*

2. *¿Qué efectos jurídicos trae la decisión judicial de suspender provisionalmente, o de declarar nulo, el acto administrativo que categoriza presupuestalmente un departamento?*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a los interrogantes realizados en la consulta, la Sala se referirá inicialmente a: i) la categorización presupuestal de los departamentos, ii) la competencia, y iii) la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

### a. La categorización presupuestal de los departamentos

La categorización presupuestal de los departamentos se encuentra regulada en el artículo 1º de la Ley 617 del 2000<sup>1</sup>, disposición que establece:

*“Categorización presupuestal de los departamentos. En desarrollo del artículo 302 de la Constitución Política, teniendo en cuenta su capacidad de gestión administrativa y fiscal y de acuerdo con su población e ingresos corrientes de libre destinación, establécese la siguiente categorización para los departamentos:*

*Categoría especial. Todos aquellos departamentos con población superior a dos millones (2.000.000) de habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Primera categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre setecientos mil uno (700.001) habitantes y dos millones (2.000.000) de habitantes, cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales igualen o superen ciento setenta mil uno (170.001) salarios mínimos legales mensuales y hasta seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Segunda categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre trescientos noventa mil uno (390.001) y setecientos mil (700.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o superiores a ciento veintidós mil uno (122.001) y hasta de ciento setenta mil (170.000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Tercera categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre cien mil uno (100.001) y trescientos noventa mil (390.000) habitantes y cuyos recursos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a sesenta mil uno (60.001) y hasta de ciento veintidós mil (122.000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Cuarta categoría. Todos aquellos departamentos con población igual o inferior a cien mil (100.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o inferiores a sesenta mil (60.000) salarios mínimos legales mensuales.*

*Parágrafo 1º. Los departamentos que de acuerdo con su población deban clasificarse en una determinada categoría, pero superen el monto de ingresos corrientes de libre destina-*

<sup>1</sup> “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

*ción anuales señalados en el presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría inmediatamente superior.*

*Los departamentos cuya población corresponda a una categoría determinada, pero cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales no alcancen el monto señalado en el presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría correspondiente a sus ingresos corrientes de libre destinación anuales.*

*Parágrafo 2º. Sin perjuicio de la categoría que corresponda según los criterios señalados en el presente artículo, cuando un departamento destine a gastos de funcionamiento porcentajes superiores a los límites que establece la presente ley se reclasificará en la categoría inmediatamente inferior.*

*Parágrafo 3º. Cuando un departamento descienda de categoría, los salarios y/o honorarios de los servidores públicos serán los que correspondan a la nueva categoría.*

*Parágrafo 4º. Los Gobernadores determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del treinta y uno (31) de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente, el respectivo departamento.*

*Para determinar la categoría, el decreto tendrá como base las certificaciones que expida el Contralor General de la República sobre los ingresos corrientes de libre destinación recaudados efectivamente en la vigencia anterior y sobre la relación porcentual entre los gastos de funcionamiento y los ingresos corrientes de libre destinación de la vigencia inmediatamente anterior, y la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), sobre población para el año anterior.*

*La Dirección General del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), y el Contralor General de la República remitirán al gobernador las certificaciones de que trata el presente artículo, a más tardar el treinta y uno (31) de julio de cada año.*

*Si el respectivo Gobernador no expide la certificación sobre categorización en el término señalado en el presente parágrafo, dicha certificación será expedida por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre.*

*Cuando en el primer semestre del año siguiente al que se evalúa para la categorización, el departamento demuestre que ha enervado las condiciones para disminuir de categoría, se calificará en la que acredite en dicho semestre, de acuerdo al procedimiento establecido anteriormente y teniendo en cuenta la capacidad fiscal.*

*Parágrafo transitorio. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), y el Contralor General de la República, remitirán a los Gobernadores las certificaciones de que trata el presente artículo dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de la presente ley, a efecto de que los gobernadores determinen, dentro de los quince (15) días siguientes a*

su recibo, la categoría en la que se encuentra clasificado el respectivo departamento. Dicho decreto de categorización deberá ser remitido al Ministerio del Interior para su registro”<sup>2</sup>.

De la lectura del artículo 1º, así como también de lo señalado por la jurisprudencia, se resaltan los siguientes aspectos relativos a la categorización de los departamentos:

- i) Tiene fundamento constitucional en el artículo 302<sup>3</sup>.
- ii) Se establece atendiendo la capacidad de gestión administrativa y fiscal, la población y los ingresos corrientes de libre destinación del departamento.
- iii) En primera instancia, la competencia para su determinación se encuentra en cabeza del Gobernador, quien tiene hasta el 31 de octubre para expedir el decreto correspondiente. En caso que de que Gobernador no lo expida en el término señalado, la certificación de categorización debe ser promulgada por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre.
- iv) Es un mecanismo adecuado para el manejo presupuestal de los departamentos y el aseguramiento de su viabilidad financiera<sup>4</sup>.
- v) A la luz de la Ley 617 de 2000, la categorización presupuestal del departamento determina asuntos tales como: i) el valor máximo de los gastos de funcionamiento del de-

2 Frente a este artículo, en la exposición de motivos se señaló: “i) Se propone una categorización de los departamentos, de acuerdo con su población e ingresos corrientes de libre disposición, acogiendo el principio establecido en el artículo 302 de la Constitución, señalando las reglas para determinar la categoría a la cual pertenece un departamento durante una vigencia fiscal y los procedimientos para definir la categoría cuando la población o los ingresos lo colocan en dos posibles categorías. (...) Con estas disposiciones se busca que los gastos por concepto de nómina oficial, sean acordes a los ingresos corrientes de libre disposición que recauden los departamentos y municipios. Como quiera que el salario máximo de un gobernador o alcalde depende de la categoría en la cual se ubique el respectivo departamento o municipio y los salarios de los demás empleados de la administración están vinculados al salario del gobernador o alcalde, las disposiciones sobre categorización tiene un efecto directo en la racionalización de las finanzas territoriales”. *Gaceta del Congreso*, No. 257 del 17 de agosto de 1999, p. 13. En otra oportunidad se indicó: “Esta clasificación resulta novedosa para los departamentos, donde la figura de la categorización no existía. El objetivo, desde esta perspectiva, es adecuar los niveles de gasto de los departamentos a las verdaderas necesidades de cada una de tales entidades territoriales”. *Gaceta del Congreso* No. 394 del 27 de octubre de 1999, p. 10.

3 “La ley podrá establecer para uno o varios Departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución, en atención a la necesidad de mejorar la administración o la prestación de los servicios públicos de acuerdo con su población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas. En desarrollo de lo anterior, la ley podrá delegar, a uno o varios Departamentos, atribuciones propias de los organismos o entidades públicas nacionales”. Respecto a este punto la Corte Constitucional ha indicado: “En efecto, es en este segundo sentido, no jurídico sino práctico, que la categorización establecida en los artículos 1º y 2º, demandados, constituye un desarrollo del artículo 302 Superior, por cuanto, dependiendo de la categoría en la cual queden clasificadas, las entidades territoriales contarán con distintas aptitudes o idoneidades presupuestales, para efectos de perseguir el logro de sus objetivos constitucionales y legales; es decir, la pertenencia a una u otra categoría significa, para el ente respectivo, la posesión de diversas “capacidades” de gestión administrativa y fiscal en materia presupuestal, las cuales determinarán, por lo menos en materia económica, el alcance y la efectividad práctica de sus actuaciones. (...) Una vez resueltos los anteriores interrogantes, se concluye que el artículo 1º de la Ley 617 de 2000 sí es un desarrollo del artículo 302 Superior; pero no en el sentido de atribuir nuevas competencias a los Departamentos, adicionales a las que establece para ellos la Carta Política, sino en el de establecer para ellos distintas capacidades de tipo presupuestal, eminentemente prácticas, tal y como arriba se señaló. En efecto, la adscripción de una entidad territorial a una u otra de las categorías presupuestales que contemplan las normas demandadas, no variará su paquete competencial básico; es decir, no puede decirse que, para efectos presupuestales, un Departamento perteneciente a la categoría primera tenga más o menos competencias que un Departamento de la categoría segunda. La diferencia entre ellos será, más bien, de grado, puesto que contarán con un monto distinto de asignaciones presupuestales para efectos de cumplir, efectivamente, con sus cometidos, y estarán sujetos a distintas condiciones de adecuación del gasto a corto y mediano plazo. En consecuencia, la Corte concluye que el Legislador sí se encuentra habilitado para categorizar departamentos con base en el artículo 302 constitucional, tal y como está facultado para categorizar municipios en virtud del artículo 320 Superior”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de junio de 2001, C-579/01.

4 “En otras palabras, la categorización presupuestal bajo estudio constituye un sistema idóneo para adecuar la dinámica financiera de los entes territoriales a su verdadera capacidad presupuestal, puesto que establece, por ejemplo, distintos límites temporales para que aquellos cumplan con los topes de los gastos de funcionamiento, o diferentes escalas de remuneración de los servidores públicos correspondientes; medidas estas que, en su conjunto –como se verá más adelante–, contribuirán a asegurar la viabilidad financiera de tales entes y facilitarán, en consecuencia, el desarrollo cabal de sus cometidos institucionales, materializando así la pauta del artículo 356 Superior”. *Ibidem*.

partamento (artículo 4º)<sup>5</sup>, ii) el valor máximo de los gastos de la Asamblea y la Contraloría Departamental (artículo 8º)<sup>6</sup> y iii) la remuneración de los diputados (artículo 28)<sup>7</sup>.

## b. La competencia

La actividad administrativa se cimienta en dos conceptos fundamentales: i) la competencia y ii) el principio de legalidad. La primera, la cual constituye un elemento esencial para la validez de los actos administrativos, ha sido entendida como:

*“[L]a esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”<sup>8</sup>.*

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha referido a la competencia como la aptitud otorgada por la Constitución o la ley a las autoridades, para manifestar válidamente la voluntad del Estado a través de la vía administrativa<sup>9</sup>.

La competencia tiene como características principales el ser irrenunciable, improrrogable y expresa<sup>10</sup>. Así mismo, debe tener origen o derivarse de una norma jurídica, lo cual impide que resulte de la voluntad caprichosa de la administración o del ciudadano<sup>11</sup>. De allí que no puedan reconocerse competencias por vía analógica o por extensión<sup>12</sup>.

5 “Durante cada vigencia fiscal los gastos de funcionamiento de los departamentos no podrán superar, como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación, los siguientes límites:

Categoría	Límite
Especial	50%
Primera	55%
Segunda	60%
Tercera y cuarta	70%”

6 “A partir del año 2001, durante cada vigencia fiscal, en las Asambleas de los departamentos de categoría especial los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el ochenta por ciento (80%) de dicha remuneración. En las Asambleas de los departamentos de categorías primera y segunda los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el sesenta por ciento (60%) del valor total de dicha remuneración. En las Asambleas de los departamentos de categorías tercera y cuarta los gastos diferentes a la remuneración de los diputados no podrán superar el veinticinco por ciento (25%) del valor total de dicha remuneración.

Las Contralorías departamentales no podrán superar como porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación del respectivo departamento, los límites que se indican a continuación:

Categoría	Límite gastos Contralorías
Especial	1.2%
Primera	2.0%
Segunda	2.5%
Tercera y Cuarta	3.0%”.

7 “La remuneración de los diputados de las Asambleas Departamentales por mes de sesiones corresponderá a la siguiente tabla a partir del 2001:

Categoría de departamento	Remuneración de diputados
Especial	30 smlm
Primera	26 smlm
Segunda	25 smlm
Tercera y cuarta	18 smlm”.

8 Roberto Dromi, Acto Administrativo. Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2008, p. 57. La doctrina nacional la ha definido así: “[L]a facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función”. Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo, 18ª edición, Editorial Temis S. A., 2013, p. 322.

9 “La competencia es la aptitud atribuida por la Constitución o la Ley a los Entes Públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de junio de 2008, Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07).

10 “Tal facultad es expresa, irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación o sustitución previstos por las disposiciones normativas pertinentes”. Ibidem.

11 “En otros términos, la competencia se halla establecida en interés público y surge de una norma estatal, no de la voluntad de los administrados, ni del órgano institución, ni del órgano individuo. El órgano-institución no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos que la norma respectiva establezca”. Dromi, ob. cit., p. 60.

12 “No obstante, las atribuciones y competencias de los órganos estatales en un Estado de Derecho no solo deben ser Constitucionales o legales sino igualmente deben ser preexistentes y explícitas. Estas características son las que reafirman el sometimiento del Estado al Derecho y por ende evita de manera tajante el abuso y el desafuero de los órganos estatales respecto de sus facultades constitucionales o legales. En este mismo orden de ideas, en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas. Situaciones estas en contravía del Estado de Derecho como principio constitucional. La exigencia de que en un Estado de Derecho las competencias tengan que ser expresas se fundamenta en la necesidad de establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar

Por su parte, el principio de la legalidad, el cual se encuentra íntimamente ligado al de competencia, implica o conlleva que la autoridad administrativa únicamente pueda desplegar su acción sobre aquellas materias en las cuales ha sido habilitada por la Constitución<sup>13</sup> y la ley<sup>14</sup>. En esta dirección, la jurisprudencia ha definido este principio bajo los siguientes términos:

*“El principio de legalidad, en palabras sencillas, en sus orígenes, consistió tan solo en la sujeción de toda actividad estatal a un sistema objetivo, igualitario y previsible de normas jurídicas de carácter general emanadas del órgano de representación popular. Al respecto, no se puede perder de vista que el principio de legalidad ha sido objeto de diferentes construcciones dogmáticas, siendo un concepto evolutivo.*

*Así, en algunos casos se consideró a la ley como fundamento previo y necesario de toda actividad estatal (vinculación positiva), en donde siempre se requiere de una ley habilitadora para que aquella se pueda desarrollar válidamente, o como simple límite externo o frontera de las competencias estatales, en la medida en que el Estado puede realizar con discrecionalidad su actividad, salvo en las áreas en donde exista una regulación legal (vinculación negativa).*

*Una segunda forma de concebir el principio de legalidad implica reconocer que los demás poderes, en ausencia de regulación constitucional, están sometidos a lo que establezca el legislador. En tal sentido, el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración, y de los demás poderes públicos, a la ley, tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella habrá de sujetarse<sup>15</sup>.*

El principio de legalidad constituye un principio rector del ejercicio del poder<sup>16</sup>, es un elemento fundamental del Estado de Derecho<sup>17</sup> y representa una herramienta para proteger la libertad y la democracia, así como también para garantizar el ejercicio de las funciones de control<sup>18</sup>.

---

y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas y, en últimas, evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de mayo de 2007, C-319/07.

13 “Desde esta perspectiva, el principio de legalidad exige que la actividad estatal tenga como fundamento la Constitución (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

14 “Se ha de entender entonces que el principio de legalidad en su concepción positiva: la Administración solo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley, por el ordenamiento”. José Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons, 2011, p. 100. Para Hartmut Maurer el principio de la legalidad se encuentra íntimamente ligado con los principios de primacía de la ley y reserva de ley. En esta dirección señala frente al primero que: “este principio expresa la sujeción de la Administración a las leyes existentes y significa –en sentido positivo– que aquella debe actuar conforme a las mismas, y –en sentido negativo– no debe adoptar ninguna medida que las contradiga... Según el principio de reserva de ley, la Administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, pues, algo más que el de la primacía de la ley. Mientras que este último prohíbe simplemente la violación de las leyes existentes, aquel impone más allá de eso la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. La ausencia de una ley excluye la actuación administrativa, no en virtud del principio de primacía, sino en razón del principio de reserva”. Hartmut Maurer, Derecho Administrativo (Gabriel Doménech Pascual y otros, traduc.), Marcial Pons, 2011, pp. 149-150.

15 Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

16 “Esta Corporación ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de mayo de 2011, C-444/11.

17 “Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de abril de 2008, C-335/08.

18 “El principio de legalidad se articula de manera directa con varias exigencias de la Constitución Política. Constituye una de las formas más importantes de aseguramiento de la libertad en tanto impide realizar intervenciones que la restrinjan sino existe una disposición que así lo autorice (principio de legalidad como forma de proteger la libertad). Adicionalmente, en tanto la ley a la que se somete el ejercicio de la función pública ha sido aprobada por órganos suficientemente representativos, se asegura el carácter democrático del Estado (principio de legalidad como forma de proteger la democracia). Igualmente, el principio de legalidad constituye un referente ineludible a efectos de orientar las actividades de los organismos a los que les han sido asignadas funciones de control respecto del comportamiento de las autoridades públicas

Igualmente, encuentra fundamento constitucional en el artículo 121 de la Constitución, mandato que señala que ninguna autoridad puede ejercer funciones diferentes a las determinadas en la ley y la Constitución<sup>19</sup>. Con todo, existen otras normas constitucionales que lo sustentan también, tales como los artículos 122<sup>20</sup>, 123<sup>21</sup> y 230<sup>22</sup>.

El principio de legalidad conlleva importantes consecuencias en materia normativa. Así, la jurisprudencia ha indicado que, aunque no deben existir normativas deficientes en el ejercicio de funciones públicas<sup>23</sup>, el reconocimiento de una competencia puede derivarse de cláusulas y parámetros generales de acción<sup>24</sup>.

### c. La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

La medida cautelar<sup>25</sup> de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, la cual se encuentra establecida en los artículos 238 de la Carta Política<sup>26</sup> y 230 de la Ley 1437 de 2011<sup>27</sup>, tiene como finalidad proteger y garantizar de forma temporal el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia<sup>28</sup>. En esta dirección, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó:

---

(principio de legalidad como forma de garantizar el ejercicio de control y la atribución de responsabilidades)". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de junio de 2012, C-414/12.

- 19 "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".
- 20 "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)".
- 21 "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".
- 22 "Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley".
- 23 "Es evidente que la identificación de límites entre una regulación deficiente y una regulación exhaustiva y detallada del ejercicio de funciones públicas, no es en todos los casos clara. Una regulación resultará deficiente en aquellos eventos en los cuales el ejercicio de las actividades a cargo de la autoridad pública titular de la función carezca de parámetros que la orienten y permitan prever, con seguridad suficiente, la dirección que puede adoptar la conducta del servidor público que la concreta. La deficiencia de la regulación legislativa estará determinada también en función del área que se regula, de manera tal que no se podrá establecer idéntico estándar cuando se trata de regular el ejercicio de la función de una autoridad judicial en materia penal o tributaria, que cuando ello se haga, por ejemplo, respecto de una autoridad municipal en materia de control del espacio público. Así mismo, podrán existir diferencias respecto del grado de exhaustividad de la regulación de la función cuando se trate de entidades públicas o cuando se refiere a particulares a quienes se atribuye una función de tal naturaleza dado que, en el primer caso, existe previamente una regulación amplia sobre su modo de actuar al paso que, en el segundo, esa regulación podría ser escasa". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de junio de 2012, C-414/12.
- 24 "El significado del principio de legalidad, al menos en lo referido su dimensión de deber de sujeción a la ley por parte de las autoridades públicas, puede entonces manifestarse de diferentes maneras. Para esta Corporación, la comprensión constitucional adecuada de esta dimensión implica, de una parte, la prohibición de regulaciones deficientes para el ejercicio de funciones públicas. Según lo anterior, no es admisible que el cumplimiento de funciones públicas por parte de las autoridades carezca de una regulación que oriente y discipline las actividades que con tal propósito se emprendan. Con toso (sic), esta prohibición no implica que ante el ejercicio de cualquier actividad relacionada con el ejercicio de funciones públicas, deba contarse con un régimen jurídico completamente detallado y exhaustivo". (...) Conforme a lo expuesto, cabe señalar que el principio de legalidad demanda que el despliegue de las tareas y actividades exigidas para el cumplimiento de una función pública por parte de autoridades estatales o de particulares, cuente con una regulación previa y suficiente que permita identificar de manera adecuada su alcance. Es importante reiterar que, a partir del principio de legalidad, no puede sentarse la exigencia de que la totalidad de las actuaciones públicas deban agotarse en las disposiciones jurídicas. De hecho, la complejidad de las funciones asumidas por el Estado obliga a que un gran número de ellas se encuentren establecidas en cláusulas generales que atribuyen competencias y establecen parámetros generales de acción". Ibidem.
- 25 Frente a las medidas cautelares la jurisprudencia ha señalado: "Así, las medidas cautelares, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena. Sentencia del 25 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00021-00(A). "En el capítulo XI, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten en esta jurisdicción, sin que la decisión implique prejuzgamiento por parte del operador jurídico respecto del asunto sometido a examen". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 31 de marzo de 2016, Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00149-01.
- 26 "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".
- 27 "Las medidas cautelares podrán ser preventivas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo".
- 28 "La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es una medida cautelar prevista en el numeral 3 del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 229 ibidem es la



*“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPA-CA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción”<sup>29</sup>.*

Para que pueda ordenarse la suspensión provisional de un acto administrativo, ya sea este general o particular<sup>30</sup>, es necesario que se encuentren satisfechos los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA. Lo anterior, con el propósito de evitar decisiones caprichosas o violatorias del debido proceso<sup>31</sup>.

En lo que respecta al análisis que debe realizar el juez frente a la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, esta Corporación ha señalado:

*“3.2.2.- El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible, y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.*

*3.2.3.- Ahora bien, el Código ha establecido que la medida de **suspensión** de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida. (...)*

*Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto”. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en*

de “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 23 de julio de 2014, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00221-01(3531-13).

30 “El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo cabría contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

31 “No obstante, la adopción de una medida cautelar no es caprichosa sino que en aras del respeto del derecho al debido proceso, es necesario el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA. Por ello, no puede sostenerse que con la medida tomada en el auto duplicado se confundieron el objeto de la medida y los requisitos para su procedencia”. Ibidem.

*la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”.*

*En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud”<sup>32</sup>.*

Finalmente, debe indicarse que por regla general el acto suspendido no puede ser reproducido, a menos que se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 237 de la Ley 1437 de 2011<sup>33</sup>.

#### **d. El caso concreto**

### **1. El efecto jurídico de la decisión judicial de suspensión provisional o anulación del acto administrativo que categoriza presupuestalmente a un departamento**

El Ministerio consultante pregunta a la Sala sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la decisión judicial de anular o suspender el acto administrativo que categoriza presupuestalmente a un departamento, interrogante que a continuación pasa la Sala a responder de forma separada.

#### **a) Los efectos derivados de la anulación del acto**

En lo concierne a los efectos derivados de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, la jurisprudencia ha determinado que por regla general dicha decisión tiene efectos *ex tunc* o retroactivos. Así, se ha indicado:

*“No obstante, esta última no es la única excepción que ha sido formulada en contra de los efectos retroactivos –o ex tunc– de la declaratoria de anulación de los actos administrativos, en lo que respecta a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, de tiempo atrás se ha admitido que, si bien las sentencias anulatorias de los actos poseen efectos retroactivos, estas dejan incólume las situaciones individuales consolidadas bajo la vigencia del acto declarado nulo. En este orden de ideas, esta Sala Electoral sostuvo, en sentencia del 29 de mayo de 2009, que:*

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 26 de agosto de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00272-00. Véase igualmente: “De acuerdo con la norma trascrita, la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la violación de las disposiciones en que el acto debía fundarse, invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, y tal violación puede surgir: i) de la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de enero de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01042-00(4520-15).

33 “Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión”. Justamente frente a esta norma el Consejo de Estado ha señalado: “En efecto, de conformidad con esta disposición legal, ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 21 de abril de 2016, Radicación número: 11000-03-24-000-2014-00515-00.

*“[l]a sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo, sea general o particular, tiene efectos hacia atrás, hasta el momento en que el acto anulado nació a la vida jurídica, de allí que se considere como regla general que, en tal caso, las cosas vuelven a su estado inicial, como si el acto no hubiere existido, excepto en relación con las situaciones ya consolidadas, es decir, aquellas particulares cuyos respectivos actos ya no son susceptibles de impugnación jurisdiccional, ora por caducidad de la acción, ora por tratarse de cosa juzgada”.*

*De conformidad con lo anterior se desprende que, los actos de elección basados en la resolución que en este fallo se declara nula, se encuentran indemnes, por cuanto, constituyen situaciones individuales consolidadas, que no fueron objeto de debate jurídico alguno y, por ende, su presunción de legalidad no fue cuestionada, tal como lo expresó la vista fiscal en el concepto rendido en el presente proceso”<sup>34</sup>.*

Como puede observarse, la nulidad de un acto administrativo tiene por regla general efectos retroactivos. Sin embargo, dichos efectos, en principio,<sup>35</sup> no afectan las situacio-

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de octubre de 2016, Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00016-00. “La Sala reitera la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad, es decir que se deben reconocer los efectos de la nulidad decretada judicialmente desde el momento en que se expidió el acto anulado y que tratándose del contencioso de nulidad los efectos de la sentencia respectiva tienen carácter erga omnes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2014, Radicación número: 66001233100020040109801. “A diferencia de la inexecutable, salvo que el fallo de la Corte expresamente disponga lo contrario, la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia. Ahora bien, los efectos ex tunc no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse. (...) 2.2.4. Cabe destacar que frente a los efectos de las sentencias de nulidad, se ha mantenido una postura uniforme por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, en cuanto a que el fallo de nulidad afecta las situaciones que no estén consolidadas, esto es, que no se encuentren impugnadas ante las autoridades administrativas o demandadas ante la jurisdicción contenciosa. También ha precisado que: “escapan a los efectos retroactivos de la nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, consistentes en aquellas que dejaron de ser susceptibles de controversia o impugnación, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional”. 2.2.5. En esa línea de pensamiento, se ha considerado que las situaciones jurídicas consolidadas son aquellas que se “encuentran definidas en cuanto a sus características jurídicas y sus efectos, al momento de entrar en vigencia una disposición normativa, esto es, estas situaciones se encuentran en firme por entenderse surtidas y, por tanto, no son objeto de las normas que entran a regir, a contrario sensu, las no consolidadas son aquellas que no se han agotado y que son en estricto sentido las pasibles de regulación por la nueva legislación”. 2.2.6. Bajo este entendido, las situaciones jurídicas no consolidadas son aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contenciosa, por consiguiente, las situaciones jurídicas consolidadas serán aquellas situaciones subjetivas y particulares que ya han quedado en firme, o que han sido objeto de pronunciamiento judicial, que ha hecho tránsito a cosa juzgada”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de marzo de 2016, T-121/16.

35 Así la jurisprudencia ha indicado: “Los efectos de la sentencia de nulidad de los actos que violan las normas sustanciales que regulan la materia son ex tunc, es decir que se daría desde su nacimiento, retrotrayendo la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas; situación que no se podría predicar del tercero interesado en el resultado de este proceso, ya que se trata de un bien de uso público, no susceptible de enajenación (objeto ilícito). El efecto de la sentencia de nulidad retrotrae las cosas al estado anterior y posibilita al juez, cuando se encuentra involucrado un interés general, para hacer las declaraciones necesarias, en este caso, para cancelar cualquier afectación sobre un bien de uso público. Los perjuicios de los que habla el recurrente ya sea a la Nación o a los particulares será motivo de otro tipo de proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Radicación número: 520012331000200501421.01.

nes jurídicas consolidadas, las cuales, en virtud de los principios de seguridad jurídica<sup>36</sup>, buena fe y cosa juzgada<sup>37</sup> deben respetarse<sup>38</sup>.

De otra parte, dentro del análisis de los efectos de las decisiones de nulidad de los actos administrativos, es necesario referirse a la figura del decaimiento, la cual encuentra sustento legal en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011<sup>39</sup> y ha sido definida por la jurisprudencia, así:

*“El DECAIMIENTO del acto administrativo (...) es una de las causas por las cuales los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria. Dicho fenómeno opera de manera sobrevenida y por ministerio de la ley, al desaparecer los fundamentos fácticos o jurídicos que dieron lugar a su expedición”<sup>40</sup>.*

La figura del decaimiento del acto administrativo produce la pérdida de la fuerza ejecutoria de este, y en consecuencia, el acto deja de ser vinculante y se vuelve inaplicable<sup>41</sup>, efectos que tienen ocurrencia hacia el futuro y sin necesidad de declaración judicial<sup>42</sup>. En esta dirección, la doctrina ha señalado:

36 “La Sala ha señalado que los fallos de nulidad producen efectos “ex nunc”, es decir, hacia el futuro, en aras de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, puesto que hasta la declaratoria de nulidad la norma gozaba de presunción de legalidad, y, por ello, es legítimo asumir que los administrados y la Administración actuaron confiando en la validez de aquella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 23 de agosto de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03476-01(18672).

37 “No obstante, la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha compartido ese argumento, por el contrario, si bien ha sostenido que los efectos de la declaratoria de nulidad son “ex tunc”, advierte que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectadas por esta, dicho argumento se ha consagrado en los siguientes términos: “Precisamente, allí radica la diferencia de la inexecutable de la ley con la nulidad de los actos administrativos, pues ésta, por regla general, si tiene efectos ex tunc, es decir, retrotrae la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas”. Cabe precisar que, al concepto de “efectos retroactivos” o “efectos ex tunc”, se le ha dado una connotación diferente en cuanto la nulidad de actos administrativos se refiere, ya que, como se ha visto, no embarga la capacidad de retrotraer todo a su estado anterior, por el contrario, deja incólumes las situaciones acaecidas en vigencia del acto declarado nulo. La firmeza de esas situaciones consolidadas busca la seguridad jurídica de los asociados teniendo en cuenta que ellas se encuentran soportadas en sí mismas, de esta forma, se sostiene que no existe interdependencia respecto del acto declarado nulo, por lo que su validez no depende de la validez de aquel”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2012, Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00334-01.

38 “En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan solo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de “decaimiento subsiguiente”. (...) Con esta misma perspectiva la Sección Quinta ha entendido que si bien cuando el fundamento de un acto es anulado, la misma suerte debe correr éste último, pero sobre la base de que sea el juez del acto quien declare dicha anulación: (...) Por manera que, no existe en principio una “nulidad ex officio” como tampoco una “nulidad consecencial o por consecuencia”, toda vez que los efectos del fallo de nulidad del acto que sirve de fundamento no se extienden con efectos idénticos al segundo. De allí que si se estima que un acto administrativo es nulo por haber sido declarado nulo el acto normativo que le sirvió de fundamento jurídico, esta decisión de anulabilidad con efectos de cosa juzgada solo compete al juez natural del mismo a términos del inciso primero del artículo 175 del C.C.A. (...) Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (“desde entonces”), esto es, desde el momento en que se proforió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5º de julio de 2006, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051).

39 “Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: (...) 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de abril de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00166-01.

41 “Es preciso destacar que el decaimiento, entraña en sí mismo la pérdida de los efectos vinculantes del acto administrativo y determina su inaplicación, pues es propio de dicho fenómeno que al desaparecer los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión administrativa, ésta pierda su fuerza ejecutoria. Dicho de otra manera, con el decaimiento se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto administrativo y desaparecen al mismo tiempo tanto la potestad que tiene la administración para forzar su acatamiento como el derecho del administrado de exigir su ejecución”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de abril de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00166-01.

42 “No sobra añadir a lo anterior, que como quiera que la norma anteriormente trascrita no hace la distinción entre actos administrativos de carácter general y particular, ha de entenderse que el decaimiento se predica de ambos, lo cual significa que los actos administrativos de contenido impersonal y abstracto así como los creadores de situación individuales y concretas, éstos dejan de producir efectos jurídicos hacia futuro. Según el criterio de la Sala, el fenómeno del decaimiento de un acto administrativo se produce ope legis, es decir, por ministerio de la ley. Por lo anterior, no es preciso adelantar ningún trámite para que opere dicho fenómeno, más sin embargo, nada impide que en sede administrativa la autoridad competente haga una declaración sobre su ocurrencia, sin que tal manifestación constituya en sí misma una nueva

*“El decaimiento del acto, como lo sugiere esta expresión, tiene un efecto temporal hacia el futuro (ex nunc) y no retroactivo (ex tunc), como ocurre con su anulación por el juez administrativo, lo que plantea el interrogante sobre los efectos pasados del acto, esto es, antes de su decaimiento. La jurisprudencia explica de manera uniforme y reiterada que la pérdida de ejecutoria no implica la ilegalidad del acto. La presunción de legalidad sigue intacta, no solamente antes del decaimiento del acto, sino también después. El decaimiento no afecta entonces las situaciones generadas durante el tiempo en que el acto fue ejecutorio; por ello, el Consejo de Estado considera necesaria la declaración de nulidad expresa por parte de la jurisdicción administrativa, incluso cuando la administración deroga sus actos por considerarlos ilegales”<sup>43</sup>.*

De esta forma, bajo las consideraciones anteriores, se permite la Sala concluir lo siguiente en lo que se refiere al caso objeto de estudio:

i) El acto administrativo a través del cual se categoriza presupuestalmente a un departamento corresponde a un acto de contenido particular<sup>44</sup>, el cual es susceptible de ser demandado a través de la acción de nulidad simple<sup>45</sup>, tal como ocurrió justamente con el Decreto 1516 del 28 de octubre de 2015 que fue suspendido por Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

ii) La decisión judicial de anular el acto de categorización presupuestal tiene efectos *ex tunc*, lo que genera como consecuencia su pérdida de validez desde el mismo momento de su expedición. Sin embargo, dicha decisión no afecta las situaciones jurídicas consolidadas<sup>46</sup>.

---

manifestación de la voluntad de la Administración, pues se trata simplemente de un acto de simple constatación de un evento sobreviniente cuyos efectos están previamente determinados por el legislador”. *Ibidem*. “En relación con la primera de ellas, la Sala recuerda que es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sostenido que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y, además, por cuanto el decaimiento solo opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de julio de 2016, Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00980-01. “En cuanto a los efectos jurídicos de la pérdida de fuerza ejecutoria por decaimiento, se dirá que éstos surgen hacia el futuro, esto es, a partir de la ocurrencia de la circunstancia que dio lugar a ello, en este caso desde la sentencia que declaró la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, fundamento o motivación legal de los actos de reconocimiento de la prima técnica, sin embargo, quedan a salvo las situaciones jurídicas que se hayan consolidado y pagado en aras de la seguridad jurídica y del principio de buena fe, consagrados constitucionalmente”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de mayo de 2012, Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01221-01(2084-09).

43 José Luis Benavides, Alcance de la presunción de juridicidad, en *El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica*, Congrex S. A., 2009, p. 234.

44 La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: “Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 4 de marzo de 2010, Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00360-01(3875-03). “Los actos generales o actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que se refieren a personas indeterminadas. (...) Los actos individuales o particulares o actos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares, subjetivas o concretas, son los que se refieren a personas determinadas individualmente”. Rodríguez Rodríguez, *ob cit.*, p. 374.

45 Ley 1437 de 2011, artículo 137. Véase igualmente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 1º de junio de 2016, Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00309-01(21980).

46 “Por ende, tales sentencias no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, esto es, aquellas que resultan de la ejecutoria y ejecutividad de actos administrativos particulares y concretos, porque ya están vencidos los plazos para demandarlos judicialmente, y también cuando ha prescrito el derecho a pedir la devolución, por vencimiento del término establecido en la ley para ese efecto”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 3 de agosto de 2016, 13001-23-31-000-2009-00087-01(20080). “Y eso es así porque la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general supone afectar situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas que se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa al momento

iii) Finalmente, ante el desaparecimiento del mundo jurídico del acto administrativo de categorización presupuestal del departamento, para que puedan adelantarse las actuaciones administrativas y tomarse las decisiones correspondientes que requieran de la existencia de un acto de dicha naturaleza, es necesaria la expedición de un nuevo acto para el efecto.

### **b) Los efectos derivados de la suspensión provisional del acto**

En relación a la medida cautelar de suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo, la jurisprudencia ha señalado que esta provoca la interrupción temporal de los efectos del acto<sup>47</sup>, y en consecuencia, la suspensión de su fuerza obligatoria<sup>48</sup>. De esta forma, el acto continúa siendo válido, pero no puede seguir siendo ejecutado<sup>49</sup> o aplicado por la administración<sup>50</sup>. Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha determinado:

*“Es claro entonces, que la finalidad de la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo demandado es la de evitar que la decisión se ejecute y por ende, que produzca los efectos que está llamada a producir, al menos mientras se tramita el proceso judicial y se decide a través de la sentencia respecto de su legalidad, cuestionada en la demanda”<sup>51</sup>.*

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que los efectos de la decisión de suspensión se generan hacia el futuro. En esta dirección dispuso:

---

de proferirse el fallo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00159-01(20002).

- 47 “El recuento de la jurisprudencia de esta Corporación, permite a la Sala formular estos planteamientos: que por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido, que la consecuencia natural de la orden judicial consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. “La medida suspende los efectos que produce el acto administrativo sub iudice, pero el restablecimiento del derecho solo deriva de la declaratoria de nulidad del acto que se efectúa en la sentencia. La medida provisional afecta la eficacia del acto, mientras que el restablecimiento del derecho solo es posible si se declara la nulidad del acto demandado, esto es, si se deja sin validez la decisión administrativa”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).
- 48 “Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00038-00 (39.040).
- 49 “Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)”. Ley 1437 de 2011, artículo 91.
- 50 “[P]ero que por sí misma ataca la eficacia del acto mas no su validez, de manera que el acto administrativo continúa siendo válido hasta la sentencia definitiva que lo anule, pero no puede seguir siendo ejecutado ni por la misma administración ni por ninguna de las partes interesadas en la decisión suspendida”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 1981, Radicación número: 1.511.
- 51 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00129-00(48517). Igualmente se ha establecido: “Descendiendo al caso concreto, estima el Despacho que la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos como el presente no es procedente cuando los mismos dejaron de producir efectos, en razón a que las decisiones ya fueron cumplidas y que el tiempo de inhabilidad impuesto ya transcurrió, motivo por el cual, por carencia de objeto, no hay lugar a estudiar la solicitud de suspensión provisional de los mismos, dado que la medida en mención tiene la finalidad de impedir que los actos manifiestamente contrarios a derecho produzcan efectos jurídicos, mientras la Jurisdicción decide si se ajustan o no al ordenamiento superior”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de enero de 2015, Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00639-00(2487-11).

*“Los párrafos transcritos muestran que la jurisprudencia general de la Corporación supone, como requisito de la suspensión provisional, que el acto administrativo esté produciendo efectos pues de lo contrario esta medida deviene en improcedente.*

*A partir de este razonamiento, y así lo presenta la solicitud de concepto elevada por el Sr. Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se ha planteado la diferencia entre los efectos de la suspensión provisional y la nulidad del acto administrativo, pues mientras que la primera se limita a la suspensión de los efectos que se estén produciendo o que pueden llegar a producirse, con el fin de evitar que se consolide el daño al particular, la segunda elimina del mundo jurídico el acto ilegal, por lo que el fallo debe tratar de devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de su expedición. Con base en esta comparación se afirma que los efectos del auto de suspensión provisional son hacia el futuro (ex nunc) mientras que los de la nulidad son hacia el pasado, es decir desde la expedición del acto anulado (ex tunc). (...)*

*1. y 2. Los efectos del auto que decreta la suspensión provisional de los actos administrativos de contenido particular, pueden sintetizarse en esta forma:*

*a. Por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido;*

*b. La consecuencia natural de la orden judicial de suspensión provisional consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado<sup>52</sup>.*

Aplicando lo anterior al caso objeto de estudio, considera la Sala que la suspensión provisional del acto administrativo que categoriza presupuestalmente a un departamento, trae como consecuencia que este pierda su fuerza ejecutoria<sup>53</sup>, y por tanto no pueda, hacia el futuro, seguir produciendo efectos jurídicos o continuar siendo ejecutado o aplicado por la administración, mientras se encuentre vigente dicha medida cautelar y hasta tanto se resuelva definitivamente su suerte en la sentencia, en atención al juicio de legalidad que se concluye.

Sin embargo, debe señalarse que las situaciones jurídicas consolidadas no se verán afectadas por razones de la suspensión del acto de categorización.

Finalmente, a partir de la decisión que ordena la suspensión del referido acto, no es posible adelantar actuaciones administrativas con fundamento en él. Por consiguiente, para poder realizar estas, será necesaria la expedición de un nuevo acto de categorización presupuestal.

52 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00098-00. Asimismo la Sección Tercera ha señalado: “[U]na vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015, Radicación número: 63001-23-31-000-2000-00024-01(31818).

53 “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:  
1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. Ley 1437 de 2011, artículo 91.

## 2. La autoridad competente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal del departamento

El Ministerio del Interior consulta también a la Sala acerca de la autoridad competente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal, ante la suspensión o anulación de un primer acto sobre la materia. Para resolver este problema jurídico, debe comenzar señalándose que el artículo 1° de la Ley 617 de 2000 establece la autoridad competente con el fin de determinar la categoría presupuestal que tendrá un departamento. En este sentido, el parágrafo 4° del referido artículo 1° dispone:

*“Los Gobernadores determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del treinta y uno (31) de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente, el respectivo departamento. (...)”*

*Si el respectivo Gobernador no expide la certificación sobre categorización en el término señalado en el presente parágrafo, dicha certificación será expedida por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre”*

De otra parte, es necesario tomar en consideración lo dispuesto por la jurisprudencia nacional frente a la competencia temporal de las autoridades<sup>54</sup>. Así, la Sección Quinta de esta Corporación ha señalado:

*“La tesis del accionante está muy ligada a la competencia rationae temporis. Se trata de las atribuciones para cuyo ejercicio el titular dispone de un término fijado en la ley para su ejercicio, al cabo del cual desaparece o se extingue la competencia, de modo que de emplearse más allá del lapso estipulado da lugar a la producción de un acto viciado de nulidad.*

*Con todo, solamente el legislador es quien puede fijar tales condiciones, pues si originalmente la competencia se concibe pura y simple –por llamarla de alguna forma–, con la posibilidad de poderse ejercer en cualquier tiempo, ninguna restricción se puede imponer al respecto por parte de la administración, y si lo hace, ha de entenderse que no es para limitar el alcance mismo de la Ley ni las atribuciones constitucionalmente entregadas al legislador, sino simplemente para desarrollar algunos de los principios que gobiernan a la Administración Pública, como serían el de la eficacia, economía y celeridad (C. P. art. 209).*

*Al respecto ha dicho la jurisprudencia de esta Sección:*

*“Sobre el concepto de competencia rationae temporis, Ramón Parada Vázquez, sostuvo:*

<sup>54</sup> “La competencia rationae temporis será el marco cronológico o temporal, fijado entre un inicio y un fin, dentro del cual la autoridad administrativa debe ejecutar los actos o ejercer sus competencias. (...) En tratándose de este mismo factor, si el orden jurídico no ha prefijado un marco temporal, las facultades administrativas se podrán ejercer en forma intemporal, continua o permanente. E incluso, como lo estimó el Consejo de Estado, en casos en que se determine un plazo para el ejercicio, el ordenamiento jurídico debe señalar el fenecimiento del término como razón de la pérdida de la competencia”. Juan Carlos Galindo Vácha, Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, 3ª edición, Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, 2013, pp. 200-201. Véase igualmente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 380.



*‘La falta de competencia temporal –como cuando el órgano mismo tenía un plazo fijo de vida y actúa después de estar jurídicamente extinguido, que sería una incompetencia absoluta–, no debe confundirse con los supuestos de anticipación o prolongación de funciones públicas, lo que afecta no a la competencia del órgano, sino mas (sic) propiamente a la investidura del titular, ni con aquellos en que se señala un plazo para resolver determinados procedimientos o asuntos, lo que es mas (sic) que una limitación temporal de la competencia, una medida para la negligencia administrativa, cuya infracción puede originar la responsabilidad de la Administración o del funcionario por los daños ocasionados por el retraso; pero que no implica que pasado ese plazo el titular del órgano pierda la competencia decisoria, ni que la resolución dictada fuera del tiempo establecido sea inválida, salvo que así lo impusiera la naturaleza del término o plazo...’*

*También sobre este tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado, consideró:*

*‘No siempre que se señala un plazo para resolver, está disponiéndose una limitación temporal, de manera que transcurrido ese plazo el órgano pierda la competencia y la decisión adoptada resulte inválida. Sin embargo, ello es así cuando expresamente así lo establezca o cuando lo determine la naturaleza del mismo plazo...’*

*En el asunto examinado no hay norma expresa que disponga que vencido el plazo se pierden las citadas facultades, y no podría haberla, pues se trata de facultades de rango constitucional y no, por ejemplo, de una simple delegación, caso en el cual el delegante sí podría fijar un término para que el delegatario ejerza la función delegada<sup>55</sup>.*

Como puede observarse, la jurisprudencia ha reconocido que el establecimiento de un plazo para adelantar o resolver un determinado procedimiento o asunto, no implica o conlleva necesariamente la pérdida de competencia de la autoridad, pues, para que dicho plazo pueda generar dicho efecto, debe la propia ley establecerlo expresamente, o derivarse esa consecuencia de la naturaleza del término.

Ahora bien, a la luz de las consideraciones anteriores, el problema jurídico que se analiza debe resolverse a partir de una interpretación sistemática de los incisos 1º y 4º del párrafo 4º del artículo 1º de la Ley 617 de 2000, arriba citados. En efecto, de la lectura de estos acápites, encuentra la Sala que la competencia del Gobernador para determinar la categoría presupuestal del departamento es claramente una competencia limitada en el tiempo, pues en caso de que no se ejerza en el periodo señalado, por expreso mandato legal, esta se traslada a una autoridad diferente, como lo es, el Contador General de la Nación. Es decir, en el caso del Gobernador, el legislador consagró expresamente la pérdida de competencia al vencerse el término para ejercerla.

55 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 3 de marzo de 2014, Radicación número: 11001032800020130002600. En otra oportunidad señaló: “En principio, según lo expuesto, las normas son de aplicación general e intemporales; pero, por excepción, el ejercicio de la competencia se somete a plazos o condiciones para su ejercicio. Y en estas circunstancias el mismo legislador señala expresamente cuando su no ejercicio acarreará la pérdida de la competencia del órgano o funcionario titular de la misma. En este extremo, la administración, en términos generales, no pierde la competencia cuando vence el plazo para su ejercicio, a menos que el legislador disponga explícitamente lo contrario.

La norma requiere esa precisión para evitar equívocos, porque no tendría justificación alguna que si el Congreso no hace la designación del contralor dentro del mes siguiente a su instalación ya no pueda hacerlo. La interpretación restrictiva de la norma solo sería absurda, sino que impondría la prevalencia de lo adjetivo o formal sobre lo sustancial”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Radicación número: 11001-03-24-000-2002-0358-01(3033).

Una vez concluido lo anterior, es necesario determinar si la expresión “*dicha certificación será expedida por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre*”, implica también entender que la competencia de esta autoridad desaparece al finalizar el señalado mes.

Para la Sala la respuesta es negativa, pues a diferencia de lo que acontece con el Gobernador, en el caso del Contador General de la Nación la ley no estableció de forma expresa que la no expedición de la certificación conllevaría el traslado de la competencia a otra autoridad o la extinción de su potestad. De esta suerte, aunque la norma señala que la certificación debe expedirse en el mes de noviembre, dicho término no tiene el alcance de generar la pérdida de competencia del Contador General.

Por lo tanto, en el caso objeto de estudio es dable concluir que cuando el acto administrativo de categorización presupuestal del departamento se expida posteriormente al 31 de octubre del año anterior al año fiscal en el que deberá aplicarse dicha categorización, forzosamente debe ser promulgado por el Contador General de la Nación.

Por consiguiente, esta es la autoridad administrativa competente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal de un departamento, para la vigencia fiscal que se encuentre en curso, cuando el primer acto administrativo de categorización es suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa y ha expirado la competencia temporal del Gobernador al finalizar el 31 de octubre de la respectiva anualidad, tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 617 de 2000, por cuanto es viable entender que ante la falta de vigencia de la certificación suspendida, resulta clara la facultad del Contador General de la Nación para suplir la ausencia del acto administrativo imprescindible que categoriza el departamento.

Finalmente, es importante indicar que en la expedición del acto debe tomarse en consideración lo ordenado por el artículo 237 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de que es posible la reproducción del acto suspendido, siempre y cuando hayan desaparecido los fundamentos legales que dieron lugar a la medida cautelar.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### **LA SALA RESPONDE**

*1. ¿Cuál es la entidad administrativa facultada legalmente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal de los departamentos, para la vigencia fiscal en curso, cuando dicho acto administrativo es suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa?*

El Contador General de la Nación es la autoridad administrativa competente para expedir un nuevo acto administrativo de categorización presupuestal de los departamentos, para la vigencia fiscal que se encuentra en curso, cuando el acto administrativo de categorización presupuestal de dicha vigencia fue suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa y ha expirado la competencia temporal del Go-

bernador al finalizar el 31 de octubre de la respectiva anualidad, tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 617 de 2000.

2. *¿Qué efectos jurídicos trae la decisión judicial de suspender provisionalmente, o de declarar nulo, el acto administrativo que categoriza presupuestalmente un departamento?*

La suspensión provisional del acto administrativo que categoriza presupuestalmente a un departamento, genera como consecuencia que este no pueda, hacia el futuro, seguir produciendo efectos jurídicos o ser aplicado por la administración, mientras se encuentre vigente dicha medida cautelar y hasta tanto se resuelva definitivamente su suerte en la sentencia, en atención al juicio de legalidad que se concluye. Sin embargo, debe señalarse que las situaciones jurídicas consolidadas no se verán afectadas por razones de la suspensión del acto de categorización.

Asimismo, a partir de la decisión que ordena la suspensión del referido acto, no es posible adelantar actuaciones administrativas con fundamento en él, pues en virtud del decreto de la medida cautelar, aunque el acto existe, ha perdido su fuerza ejecutoria.

De otra parte, en el caso de que el acto de categorización sea anulado, debe anotarse que esta declaración de nulidad tiene efectos *ex tunc*, lo que genera como consecuencia su pérdida de validez desde el mismo momento de su expedición. Con todo, dicha decisión no afecta las situaciones jurídicas consolidadas.

Para finalizar, debe advertirse que la suspensión provisional o la nulidad del acto administrativo de categorización presupuestal del departamento, implica que a partir de una cualquiera de esas declaraciones, deba expedirse un nuevo acto de categorización para poder tomar decisiones en asuntos relacionados con esta materia, bien por el Gobernador, sino ha expirado el plazo señalado en el artículo 1º de la Ley 617 de 2000, que fija la competencia temporal de este hasta el 31 de octubre de la referida anualidad, o por el Contador General de la Nación, según ha sido explicado en los términos de este concepto, y siempre que se respeten los límites establecidos en el artículo 237 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

## 2. Competencia del Concejo de Bogotá para fijar escalas salariales de entidades distritales descentralizadas

### Radicado 2348

Fecha: 11/07/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

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

El señor Ministro del Interior consulta sobre la competencia del Concejo de Bogotá para fijar las escalas salariales de entidades distritales descentralizadas.

### I. Antecedentes

Por solicitud del Presidente del Concejo de Bogotá ante las dudas jurídicas manifestadas por la comisión accidental conformada para el estudio del Proyecto de Acuerdo 146 de 2017, el Ministro del Interior formula las siguientes preguntas:

*“1. ¿Es competente el Concejo de Bogotá para expedir acuerdos por medio de los cuales se fijan escalas salariales, dada la competencia que el Decreto Ley 1421 de 1993 le atribuye a esta Corporación [cita el artículo 12 numeral 8] y para el caso que nos ocupa, de una entidad del orden descentralizado como es el Foncep, adscrita al nivel central?”*

*2. ¿Dicha competencia es absoluta o tiene límites en su aplicación?”*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) la competencia para crear salarios y prestaciones y para fijar escalas salariales en las entidades territoriales, ii) régimen especial de Bogotá, iii) la competencia para fijar escalas salariales tiene un tratamiento diferenciado para Bogotá D. C. y iv) fijación de escalas salariales en las entidades descentralizadas de Bogotá.

### A. La competencia para crear salarios y prestaciones y para fijar escalas salariales en las entidades territoriales

El artículo 150 de la Constitución prevé:

*“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)*

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)*

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;*

*f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.*

*Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas”.*

A su vez, los artículos 300 y 305 en lo atinente al nivel departamental preceptúan:

*“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...)*

*7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”.*

*“Artículo 305. Son atribuciones del gobernador: (...)*

*7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado”.*

Respecto a los municipios, los artículos 313 y 315 superiores establecen:

*“Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...)*

*6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.*

*Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: (...)*

*7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.*

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Segunda<sup>56</sup> ha manifestado que constitucionalmente se dejó en manos exclusivas del Congreso la facultad de regular el sistema salarial y prestacional de los empleados de cualquier orden y se proscribió cualquier régimen señalado por los concejos municipales, las asambleas departamentales o los gobernadores, por lo cual no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.

Se encuentra que las normas constitucionales transcritas son desarrolladas por la Ley 4 de 1992, cuyo articulado en lo pertinente dispone:

*“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

*Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*

*Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional”.*

Sobre el particular, la Sección Segunda de la Corporación interpreta que:

*“De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; **en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias**, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno nacional. (...)*

*Siendo así, la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues **a estas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial** y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno nacional y el Congreso de la República”<sup>57</sup>. (Destaca la Sala).*

Se precisa que, según la jurisprudencia, la facultad constitucional para fijar las escalas de remuneración es de índole eminentemente técnica, no comprende la competencia para crear salarios o factores salariales, y se limita a la agrupación y clasificación de empleos<sup>58</sup> o en otras palabras, a ordenar numéricamente los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas.<sup>59</sup>

57 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 2005-00351.

58 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2012 Radicación 2008-00551 y Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

59 Younes Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 94

## B. Régimen especial de Bogotá

El artículo 322 de la Constitución Política reza:

*“Artículo 322. Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.*

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

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

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

Respecto al entendimiento del inciso segundo del artículo, que es el de interés para el asunto consultado, esta Sala en concepto 2283 del 16 de febrero de 2016 señaló:

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

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

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

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

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

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

*“Así las cosas, bien puede afirmarse que al Distrito Capital de Bogotá le son aplicables en primer lugar, las normas consagradas en la Constitución, entre otras, las contenidas en el Título XI, capítulo 4, artículos 322 a 327, que establecen su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dictan exclusivamente para él, que hoy está contenido en el Decreto 1421 de 1993; y, **en tercer lugar, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes que rigen para los demás municipios**”. (Se resalta)<sup>60</sup>.*

*Así, al revisar si las normas que rigen al Distrito Capital tenían naturaleza especial o requerían un trámite cualificado para su expedición, la Corte Constitucional señaló que la aplicación supletiva de las disposiciones vigentes para los municipios, pone de relieve “tanto los rasgos comunes de este Distrito para con los municipios y demás distritos, como la no exigencia de una tal especial ritualidad”<sup>61</sup>. Por tanto, la especialidad del régimen del Distrito Capital “no impide al legislador incluir en esos ordenamientos disposiciones que se identifican con las de leyes de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, ya que si ellas sustentan su contenido, la reiteración es pertinente”<sup>62</sup>.*

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

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

*El ámbito de la especialidad, por consiguiente, se debe acotar con un sentido funcional, vale decir, su medida la ofrece la necesidad de conciliar su condición genérica de entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, con su condición única de*

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

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

62 Sentencia C-778 de 2001.



*Distrito Capital –sede de los órganos superiores del Estado– y capital del departamento de Cundinamarca. Si, en verdad, fuese cierto que todo lo que concierne al Distrito Capital, es objeto de ‘ley especial’; no se comprendería cabalmente por qué a este se le aplican también, en lo no regulado por la Constitución y las ‘leyes especiales’, las disposiciones vigentes para los demás municipios (C. P. art., 322). Esto quiere decir que el Distrito Capital, junto a los elementos que lo diferencian –a los cuales responde su régimen político, fiscal y administrativo especial–, posee en diverso grado los demás elementos que se encuentran en los municipios”<sup>63</sup>.*

*Conforme a lo anterior, cuando exista duda sobre si una disposición general dictada para los municipios es o no aplicable al Distrito Capital, la pregunta que debe responderse es la siguiente: ¿se trata de una materia regulada en las normas especiales que rigen para el distrito capital? o, dicho de otra manera ¿ha dispuesto el legislador un tratamiento distinto o diferenciado para el Distrito Capital? Si la respuesta es negativa, esto es, que la materia o asunto no tiene regulación especial en las leyes dictadas para Bogotá, cabe la aplicación de las normas generales expedidas para los municipios, tal como lo establecen expresamente los artículos 322 de la Constitución Política y 2º del Decreto 1421 de 1993”.*

Entonces, de la jurisprudencia y de la doctrina que se cita se concluye que el régimen especial de Bogotá se aplica de manera preferente al previsto para los municipios, lo que se traduce en que la normativa municipal se aplica subsidiariamente en aquellos asuntos en los cuales no exista un tratamiento diferenciado para el Distrito Capital.

### **C. La competencia para fijar escalas salariales tiene un tratamiento diferenciado para Bogotá, D. C.**

La comparación de textos de las disposiciones que regulan lo atinente a la fijación de escalas salariales por parte de los concejos municipales y el Concejo de Bogotá arroja diferencias, como se observa a continuación:

Concejos municipales	Concejo de Bogotá
Constitución Política, artículo 313: <i>“Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...)</i> <b>6. Determinar la estructura de la <i>administración municipal</i> y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.</b>	Decreto Ley 1421 de 1993: <i>“Artículo 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: (...)</i> <b>8. Determinar la estructura general de la <i>Administración Central</i>, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos”.</b>

63 Sentencia C-198 de 1998.

Resulta entonces que la función de adoptar escalas de remuneración tiene una regulación especial en lo que al Concejo de Bogotá se refiere, pues está limitada a la administración central del Distrito, de manera que la previsión contenida en el Decreto Ley 1421 de 1993 se aplica con prevalencia sobre las normas que rigen para los demás municipios.

#### **D. Fijación de escalas salariales en las entidades descentralizadas de Bogotá**

Se ha dicho que el Concejo de Bogotá solamente puede fijar escalas de remuneración para el sector central, mas no para el descentralizado, lo que guarda congruencia con lo estipulado en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 que en su parte pertinente dice:

*“(...) Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.*

**Parágrafo 1°.** *De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial”.*

En este punto la doctrina de la Sala ha explicado que:

*“Respecto de las **entidades descentralizadas del orden distrital**, no operan las mismas competencias que para la administración central, porque la descentralización y la autonomía administrativa y presupuestal de aquellas llevan a que **sus autoridades u órganos competentes sean los llamados a fijar las respectivas escalas de remuneración, con sujeción a lo que determine el estatuto de cada entidad y todo sin desconocer los límites máximos que señale el Gobierno nacional**”<sup>64</sup>*

También ha dicho la Sala:

*“d) El régimen salarial de los empleados públicos de la administración central del Distrito se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, el concejo distrital y el alcalde mayor. Así, el concejo tiene facultad para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y el alcalde fija los emolumentos de los empleos de sus dependencias, con arreglo a los acuerdos correspondientes, dentro de los límites señalados por el gobierno nacional.*

*e) El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del Distrito también se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, y las juntas directivas de tales entes, según se analizó.<sup>65</sup>*

64 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1220 de 1999.

65 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1393 de 2002.

Así las cosas, para el caso específico del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y pensiones, Foncep, se observa que el Acuerdo 257 de 2006 expedido por el Concejo de Bogotá estatuye que es un establecimiento público del orden Distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, lo que se traduce en que es una entidad descentralizada cuya escala salarial es fijada por su Junta Directiva.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

Con fundamento en las anteriores consideraciones se absuelven las preguntas:

*1 ¿Es competente el Concejo de Bogotá para expedir acuerdos por medio de los cuales se fijan escalas salariales, dada la competencia que el Decreto Ley 1421 de 1993 le atribuye a esta Corporación [cita el artículo 12 numeral 8] y para el caso que nos ocupa, de una entidad del orden descentralizado como es el Foncep, adscrita al nivel central?*

*2 ¿Dicha competencia es absoluta o tiene límites en su aplicación?*

Por su unidad temática se responden conjuntamente las dos preguntas formuladas.

El Concejo de Bogotá no es competente para expedir acuerdos por medio de los cuales se fijan escalas salariales de entidades descentralizadas distritales, como es el caso del Foncep, puesto que solamente le compete fijar las de la administración central.

Para el caso de las entidades descentralizadas, son las respectivas juntas directivas las llamadas a fijar las escalas de remuneración.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Édgar Gonzalez 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.

---

VI. FUNCIÓN PÚBLICA  
Y RÉGIMEN PRESTACIONAL  
Y DE SEGURIDAD SOCIAL

---



1. Elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), con domicilio en Tunja. Situación derivada de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2016 (Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00002-00), que declaró la nulidad del Acuerdo 42 del 2014 por medio del cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de dicha Universidad, adicionada mediante Auto del 7 de abril de 2016.

#### Radicado 2294

Fecha: 26/07/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 20 de febrero de 2017

La Ministra de Educación Nacional formula a la Sala una consulta acerca de diversos aspectos sobre la votación para la elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) con domicilio en Tunja, en adelante la UPTC, a raíz de la Sentencia dictada el 3 de marzo de 2016, dentro del expediente radicado con el No. 11001-03-28-000-2015-00002-00, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual esta declaró la nulidad de la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de dicha Universidad, adicionada mediante Auto del 7 de abril de 2016.

#### I. Antecedentes

La Ministra de Educación Nacional expone, en síntesis, los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto:

1. La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 3 de marzo de 2016, dictada dentro del proceso radicado bajo el No. 11001-03-28-000-2015-00002-00, declaró la nulidad del Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, mediante el cual este designó al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de dicha universidad para el período 2015-2018.
2. Luego la Sección Quinta del Consejo de Estado, por medio de Auto del 7 de abril de 2016, negó una solicitud de aclaración de la Sentencia y en cambio la adicionó en los siguientes términos:

*“En relación con la fijación de los efectos del fallo derivado de haberse declarado únicamente la nulidad del acto de elección, la Sala pone de presente que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 139 y 163 de la Ley 1437 de 2011, en materia electoral el acto que debe atacarse en nulidad es el que **declara la elección** y sobre el cual el juez contencioso debe resolver acerca de su legalidad, lo cual conllevó a que en la parte resolutive de la sentencia del 3 de marzo del año en curso la Sala únicamente se pronunciara respecto del acto demandado, esto es el Acuerdo No. 42 del 26 de noviembre de 2014, y no sobre los actos preparatorios proferidos en el trámite de la elección.*”

*Si bien resulta viable en sede de nulidad electoral que se revisen actos intermedios que puedan viciar el acto final de elección, tal circunstancia no se presentó en el caso concreto en el cual los Acuerdos Nos. 039, 040 y 041 no se examinaron, toda vez que la ilegalidad del acto final de elección surgió de la calidad de rector-candidato del elegido y no del procedimiento adelantado.*

*Tal situación jurídica hace imperativo que la Sala se pronuncie en el caso concreto sobre los efectos de la nulidad, por lo que adicionará el fallo en el sentido de indicar que **la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos.** (Negrillas de la consulta).*

3. El Estatuto General de la UPTC establece en relación con el Rector, lo siguiente:

*“**Artículo 16.-** El Rector es el Representante Legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad; será designado por el Consejo Superior, para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1° de enero siguiente a la fecha en que se realice la designación. Tal designación será de carácter personal”.*

4. Los Acuerdos Nos. 39 y 40 de 2014 expedidos por el Consejo Superior Universitario establecieron el reglamento y el calendario de la designación del Rector para el período 2015-2018.

5. Los artículos 18 y 19 del Acuerdo No. 41 de 2014 del Consejo Superior Universitario reglamentaron el parágrafo 1° del artículo 4° del Acuerdo No. 40, en el sentido de indicar cómo sería la designación, así:

*“**Artículo 18.-** El Consejo Superior en sesión con fecha 19 de noviembre de 2014 y con agenda única, designará al Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 066 de 2005 – Estatuto General. En esta sesión, en estricto orden alfabético se escuchará por el término de 15 minutos a cada uno de los candidatos de la lista de elegibles, sobre el contenido de su propuesta”.*

*“**Artículo 19.-** Una vez escuchadas las propuestas, se procederá a la designación del Rector, con el voto afirmativo de más de la mitad de los miembros del Consejo Superior, que constituyen quórum decisorio. En caso de que en la votación, un aspirante no obtenga los votos necesarios, se procederá a votaciones sucesivas hasta que un aspirante obtenga los votos requeridos”.*

6. Finalmente, se resalta en la consulta que la lista definitiva de candidatos quedó conformada de la siguiente manera:

GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ

JAVIER GUERRERO BARÓN

ALFONSO LÓPEZ DÍAZ

ORLANDO VERGEL PORTILLO

Con base en lo expuesto, la Ministra de Educación Nacional formula las siguientes preguntas:

*“1. La lista definitiva de candidatos ¿podría modificarse para dar cabida a la persona que sigue en el orden de votación de la consulta interna que se realizó para la elección del rector?”*

*2. En la votación que realiza el Consejo Superior tendiente a elegir a un rector de la lista definitiva de candidatos ¿puede excluirse la posibilidad de votar en blanco?”*

*3. En caso de admitirse el voto en blanco y en el supuesto en el que este ganara en la correspondiente sesión, ¿tiene los mismos efectos jurídicos de las elecciones unipersonales contemplados en la Constitución, especialmente aquellos que se refieren a las inhabilidades e incompatibilidades y al procedimiento que debe adelantarse posterior a tal resultado de la elección?”*

*4. ¿El período del rector es personal o institucional?”*

*5. Como quiera que tanto en la sentencia de 3 de marzo de 2016 como en su adición de 7 de abril de 2016 el Consejo de Estado dejó expresa constancia en el sentido de que no revisó la legalidad del procedimiento adelantado para elegir al doctor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector, ¿es jurídicamente viable que los integrantes del Consejo Superior, puedan iniciar un nuevo procedimiento para la elección de rector ante la constatación de algún vicio de ilegalidad?”*

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

### **A. Observación preliminar**

La Sala desea señalar que en la presente consulta efectúa el estudio de las preguntas formuladas y entra a resolverlas sin que se pueda entender que está fijando los alcances o los efectos de la Sentencia y el Auto dictados el 3 de marzo y el 7 de abril, respectivamente, de 2016, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-28-000-2015-00002-00, por cuanto es claro que no tiene tales atribuciones, ya que su función en este asunto es esencialmente consultiva y por tanto no actúa, ni puede actuar, en sede judicial.

### **B. La autonomía universitaria**

La Constitución Política de 1991 quiso darle una gran importancia a la educación. Es así como el artículo 67 la consagró como un derecho fundamental de la persona y un servicio



público que tiene una función social, dado que con ella se busca el acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura. Adicionalmente, el artículo 366 de la Carta estableció como objetivo fundamental de la actividad del Estado, entre otros, la solución de las necesidades insatisfechas de educación, y su inclusión en el llamado “*gasto público social*”, el cual tiene carácter prioritario en los planes y presupuestos de la nación y las entidades territoriales.

En relación con la educación superior, la Constitución le dio un énfasis especial al establecer expresamente en el ordenamiento superior la autonomía universitaria en los siguientes términos:

**“Artículo 69.** *Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.*

*La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*

*El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.*

*El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”.*

El régimen de la autonomía universitaria fue desarrollado por la Ley 30 del 28 de diciembre de 1992, “*Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”, en la cual se destaca la siguiente disposición:

**“Artículo 28.-** *La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos<sup>66</sup> y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.*

Como se aprecia, las universidades tienen amplia autonomía para dictar sus estatutos y dentro de estos, para establecer la forma de designar sus autoridades académicas y administrativas.

### **C. La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) con domicilio en Tunja**

La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) constituye una universidad estatal y se observa que el Acuerdo No. 66 del 25 de octubre de 2005<sup>67</sup>, “*Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia*”, dic-

66 La expresión “admitir a sus alumnos” es exequible, de acuerdo con la Sentencia C-337 del 1º de agosto de 1996 de la Corte Constitucional, C. P. Hernando Herrera Vergara.

67 Publicado en el *Diario Oficial* No. 46.104 del 26 de noviembre de 2005, páginas 8 a 15.

tado por el Consejo Superior de la misma, define su naturaleza jurídica en los siguientes términos:

**“Artículo 1º.** *La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), es un ente universitario autónomo, de carácter nacional, estatal y público, democrático, de régimen especial, vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo referente a las políticas y la planeación del sector educativo, con sedes seccionales en Duitama, Sogamoso y Chiquinquirá, y con domicilio en Tunja”.*

En relación con la designación del Rector, que es el tema que interesa a la consulta, el artículo 66 de la Ley 30 de 1992 señala que este es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y debe ser designado por el Consejo Superior Universitario, de conformidad con lo establecido en los estatutos sobre los requisitos y calidades exigidos y el procedimiento de designación.

Precisamente, el Estatuto General de la UPTC establece los requisitos para ser Rector (artículo 19), el período de cuatro (4) años (artículo 16), el organismo colegiado que lo designa, el Consejo Superior Universitario (artículos 13-e, 16 a 18), la época de su designación (artículo 17) y el procedimiento de la misma (artículo 18). Resulta oportuno citar en este punto los artículos 16 a 18 del Estatuto que tienen incidencia directa en los aspectos de la consulta:

**“Artículo 16.** *El Rector es el Representante Legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad; será designado por el Consejo Superior, para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1º de enero siguiente a la fecha en que se realice la designación. Tal designación será de carácter personal”.*

**“Artículo 17.** *La designación del Rector se hará en el mes de noviembre anterior a la finalización del período rectoral. Cuando sobrevenga una situación extraordinaria, el Consejo Superior procederá a su designación, de conformidad con lo previsto en el presente Estatuto.*

**Parágrafo.** *El Acuerdo mediante el cual se designa al Rector de la Universidad, será publicado en el Diario Oficial”.*

**“Artículo 18.** *El Rector de la Universidad será designado por el Consejo Superior, de nombres presentados por los sectores universitarios a razón de dos (2) nombres por cada uno, a excepción de los profesores escalafonados, quienes propondrán cuatro (4) nombres. Estos nombres serán obtenidos, mediante consulta directa a profesores escalafonados, estudiantes con matrícula vigente en programas propios, egresados de sus programas académicos propios y personal administrativo, integrado por empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa y trabajadores oficiales, protegidos por la convención colectiva”.*

Teniendo presente este conjunto normativo, la Sala entra a absolver los interrogantes formulados.

#### **D. Improcedencia de la adición de la lista definitiva de candidatos admitidos para la elección de Rector de la UPTC**

La primera pregunta se refiere a si la lista definitiva de candidatos se podría modificar para dar cabida a la persona que sigue en el orden de votación de la consulta interna que se realizó para la elección del Rector.

En primer término, es necesario observar que de acuerdo con la Sentencia del 3 de marzo de 2016 (Exp. 2015-00002) de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el cargo que prosperó para decretar la nulidad del Acuerdo No. 42 del 26 de noviembre de 2014 del Consejo Superior de la UPTC, mediante el cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la UPTC para el período 2015-2018, fue *“la violación de los Estatutos de la UPTC, debido a que el demandado no podía ser elegido como rector”*, y no la violación del procedimiento para su designación.

Cabe anotar que el artículo 19 del Acuerdo 66 de 2005, Estatuto General de la UPTC, establece dentro de los requisitos para ser Rector de la Universidad los siguientes: *“Poseer título universitario y de posgrado a nivel de maestría o doctorado, o su equivalencia”* (literal b); *“Haber desarrollado actividades de docencia universitaria, de tiempo completo o su equivalente, por un período no inferior a cinco (5) años”* (literal c); y *“Tener una experiencia administrativa, por lo menos de dos (2) años, de tiempo completo o su equivalente, en actividades de dirección administrativa o académica”* (literal d), lo cual conlleva, en la práctica, a que los candidatos que se inscriben, son siempre profesionales profesores universitarios.

El Consejo Superior Universitario de la UPTC dictó los Acuerdos Nos. 039, 040 y 041 del 10 de septiembre, 25 de octubre y 5 de noviembre, respectivamente, de 2014, por medio de los cuales se estableció el reglamento y se fijó el calendario para la elección de los candidatos a Rector de la UPTC para el período 2015-2018, de los cuatro sectores universitarios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 del Estatuto General, arriba citado y el artículo 1º del Acuerdo 41, a saber:

- a) Estudiantes con matrícula vigente en programas propios.
- b) Profesores escalafonados.
- c) Egresados de programas académicos propios.
- d) Personal administrativo, integrado por empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, y trabajadores oficiales protegidos por la convención colectiva.

La Secretaria General de la UPTC, en comunicación del 21 de julio de 2016, resume el procedimiento en los siguientes términos:

*“El procedimiento para la designación de Rector, comienza con la realización de una convocatoria realizada por el Consejo Superior, corporación que establece el cronograma de actividades para llevar a cabo dentro del proceso. Tal convocatoria se establece mediante acuerdo proferido por el Consejo Superior, la cual se publica en los medios de comunicación institucionales, así como en un periódico de amplia divulgación nacional, y periódico de circulación regional.*

*Como actividades dentro del proceso, se han establecido generalmente las siguientes:*

- 1) Publicación del acuerdo en diversos medios de comunicación.*
- 2) Difusión de la convocatoria a través de medios de comunicación institucionales y en un medio de circulación nacional.*
- 3) Inscripción de los candidatos en la Secretaría General de la Universidad.*
- 4) Verificación y certificación de cumplimiento de requisitos, por parte de Secretaría General, Comité de Personal Docente y Asignación de Puntaje Docente y Oficina Jurídica de la UPTC.*
- 5) Publicación del listado de candidatos admitidos.*
- 6) Solicitudes y reclamaciones efectuadas por los candidatos, las cuales deben ser radicadas en Secretaría General.*
- 7) Sesión del Consejo Superior, para resolver las solicitudes presentadas por los aspirantes.*
- 8) Divulgación de las propuestas habilitadas, a la comunidad universitaria, por parte de los candidatos.*
- 9) Realización de Consultas a los profesores escalafonados, estudiantes con matrícula vigente en programas propios, graduados de programas académicos propios y personal administrativo (empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa y trabajadores oficiales protegidos por convención colectiva).*
- 10) Publicación de resultados de las consultas.*
- 11) Exposición de las propuestas de los candidatos postulados por los diferentes sectores universitarios, ante el Consejo Superior.*
- 12) Designación de Rector por parte del Consejo Superior.*
- 13) Publicación del acuerdo de designación de Rector.*

*Los pasos antes relacionados se han llevado a cabo en los procesos de designación de Rector”.*

La Secretaria General de la UPTC, en la aludida comunicación, cita el artículo 18 del Acuerdo 66 de 2005, arriba transcrito, sobre el número de candidatos que podrían presentar los distintos sectores universitarios y señala como conclusión:

*“Estamento Profesores: 4 candidatos*

*Estamento Estudiantes: 2 candidatos*

*Estamento Graduados: 2 candidatos*

*Estamento Personal Administrativo: 2 candidatos*

*De acuerdo a los aspirantes inscritos, se lleva a cabo el proceso de consulta, siendo entonces posible efectuar este proceso con 4 hasta 10 aspirantes, este último, siempre y cuando estos sean diferentes en cada sector universitario, ya que puede suceder, como se ha presentado, que un mismo aspirante sea postulado por varios estamentos, disminuyendo así el número de quienes se presentarían ante el Consejo Superior, como aspirantes a la rectoría de la Universidad”.*

En el caso objeto de análisis el procedimiento de elección realizado está mencionado en la parte considerativa del Acuerdo No. 42 del 26 de noviembre de 2014, *“Por medio del cual se designa Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018”*, en los siguientes términos:

*“Que realizado en su totalidad el procedimiento establecido en el Acuerdo 066 de 2005 y Acuerdos 039, 040, 041 de 2014, se determinó la lista de aspirantes que cumplieron con el lleno de los requisitos, para ser sometidos a consulta de los sectores universitarios.*

*Que el día 18 de noviembre del presente año (2014), el Comité Electoral, con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Personería Municipal de Tunja, realizó el escrutinio general, donde se obtuvo que los mayores resultados en las consultas de los sectores universitarios de Profesores Escalonados, Estudiantes con matrícula vigente en programas propios, Egresados de programas académicos propios y Personal administrativo, (Empleados públicos de libre nombramiento y remisión (sic) de carrera administrativa y trabajadores oficiales protegidos por la convención colectiva), fueron obtenidos por los siguientes aspirantes en estricto orden: Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, Javier Guerrero Barón, Alfonso López Díaz y Orlando Vergel Portillo.*

*Que atendiendo lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Acuerdo 041 de 2014, se dispuso la designación del rector de la Universidad para el día 19 de noviembre de 2014, sesión que fue suspendida por solicitud de los Delegados del Ministerio de Educación Nacional y del Presidente de la República, decisión aprobada por la Corporación, para continuar la sesión No. 08, el día 26 de Noviembre de 2014.*

*Que el día 26 de noviembre de 2014, reanudada la sesión No. 08, y una vez agotado el procedimiento dispuesto en el artículo 18 del Acuerdo 041 de 2014, se procedió a efectuar la designación presentándose el siguiente resultado:*

### **ASPIRANTE**

*Gustavo Orlando Álvarez Álvarez cinco (5) votos*

*Javier Guerrero Barón cero (0) votos*

*Alfonso López Díaz cero (0) votos*

*Orlando Vergel Portillo cero (0) votos*

*Que el representante de los profesores, el representante de los exrectores, el delegado del señor Presidente de la República y la delegada de la señora Ministra de Educación Nacional, se abstuvieron de votar, tal como consta en el acta de la sesión.*

*Que conforme a la votación dispuesta por el Consejo Superior, determinó designar al Dr. Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia para el período 2015-2018”.*

Ante la nulidad de la mencionada elección decretada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la consulta pregunta si la lista definitiva de candidatos se podría modificar para incluir a la persona que sigue en el orden de votación de la consulta interna.

La Sala advierte que, en este caso específico, no entra a analizar si se cumplió o no el reglamento de elección del Rector establecido en la normatividad citada, pues además de que no tiene los antecedentes documentales de la misma, desbordaría su propia competencia, la cual no es del orden jurisdiccional, razón por la cual no se pronuncia respecto del procedimiento adelantado en la mencionada elección.

Ahora bien, la Sala observa, con base en lo expuesto en la parte considerativa, transcrita, del Acuerdo No. 42 de 2014 y lo expresado por la Secretaria General de la UPTC en la citada comunicación, en el sentido de que *“puede suceder, como se ha presentado, que un mismo aspirante sea postulado por varios estamentos”*, que esta situación fue la ocurrida en el caso específico pues se realizó *“el escrutinio general, donde se obtuvo que los mayores resultados en las consultas de los sectores universitarios (los cuatro) fueron obtenidos por los siguientes aspirantes en estricto orden: (los cuatro candidatos)”*, de manera que la pregunta se refiere a la consulta interna global, es decir, la de los cuatro sectores universitarios sumados, para ver si se podría eventualmente incluir otro candidato ante la sentencia de la Sección Quinta de nulidad de la elección.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que a la pregunta de si se podría modificar la lista definitiva, la respuesta debe ser negativa, por cuanto la inclusión de otro candidato estaría en contravía del reglamento para la elección del Rector que estableció el Consejo

Superior Universitario en los Acuerdos citados, el cual no previó la hipótesis de la nulidad de la elección del Rector, y además, se apartaría de lo ordenado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual en el Auto del 7 de abril de 2016 de adición de la mencionada Sentencia, dispuso que se debía realizar **una nueva citación** del Consejo Superior Universitario y proceder a elegir al Rector de la UPTC “*de la lista definitiva de candidatos admitidos*”, es decir, entre los candidatos que quedan en la lista, sin entrar a hacer un nuevo procedimiento electoral o introducir modificaciones al reglamento de elección. Dijo así la Sección Quinta:

*“Tal situación jurídica hace imperativo que la Sala se pronuncie en el caso concreto sobre los efectos de la nulidad, por lo que adicionará el fallo en el sentido de indicar que **la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos**”.* (Negrillas de la Sala).

## E. La no restricción del voto en blanco

La segunda pregunta de la consulta se refiere a si en la votación que realiza el Consejo Superior Universitario para la elección de Rector de la UPTC se puede excluir la posibilidad de votar en blanco.

### 1. Evolución del voto en blanco en Colombia

Inicialmente resulta pertinente transcribir la exposición que hizo la Sala en el Concepto No. 2244 del 7 de diciembre de 2015 sobre la evolución del voto en blanco en nuestro ordenamiento jurídico. Señaló la Sala lo siguiente:

“Los sistemas democráticos se han convertido paulatinamente en el mundo contemporáneo en los modelos por excelencia para la búsqueda de la armonía y el desarrollo social sobre la base, entre otros instrumentos, del ejercicio del derecho al voto. En la medida en que el modelo democrático se torna más participativo, el voto empieza a ser utilizado en manifestaciones distintas a la elección de candidatos, como cuando a través de un proceso de participación se vota a favor o en contra de la adopción o derogación de una norma, o sobre la revocatoria de un mandato de un gobernador o alcalde, etc.

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

La Ley 28 de 1979 en el artículo 107 disponía:

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

La redacción de este artículo, dice el Consejo de Estado, corresponde al que en la actualidad se conoce como voto nulo<sup>68</sup>. Con posterioridad la Ley 96 de 1985 previó:

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

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

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

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

El artículo 258 de la Constitución de 1991, en su redacción original, nada establecía respecto al voto en blanco.

Por otra parte la Ley 84 de 1993 en su artículo 14 definió el voto en blanco y prácticamente le negó efectos jurídicos al tenor de su texto:

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

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

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

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

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



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

Para suplir el vacío que dejó tal inexequibilidad, 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 igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.*

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

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

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

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

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

## 2. La improcedencia de la exclusión del voto en blanco en la elección del Rector

En el caso específico de la elección de Rector de la UPTC, la consulta plantea si podría excluirse la posibilidad de votar en blanco, que en realidad, no es una posibilidad sino un derecho de las personas que participan en una elección. En este punto, conviene citar el artículo 19 del Acuerdo No. 41 de 2014 del Consejo Superior Universitario de la UPTC, relacionado con dicha elección. Dice así:

**“Artículo 19.-** *Una vez escuchadas las propuestas, se procederá a la designación del Rector, con el voto afirmativo de más de la mitad de los miembros del Consejo Superior, que constituyen quórum decisorio. En caso de que en la votación, un aspirante no obtenga los votos necesarios, se procederá a votaciones sucesivas hasta que un aspirante obtenga los votos requeridos”.*

Ahora bien, se observa que el voto en blanco constituye una garantía democrática del derecho al voto, una opción legítima del sufragante, de manera que no puede restringirse o limitarse tratándose de la elección de alguna corporación pública o de un funcionario público, conforme lo ha establecido la jurisprudencia<sup>69</sup>.

Así por ejemplo, en la Sentencia C-490 del 23 de junio de 2011 la Corte Constitucional (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) expresó lo siguiente:

*“En el sistema de participación política previsto en la Constitución, el voto en blanco constituye una valiosa expresión del disenso con efectos políticos a través del cual se promueve la protección de la libertad del elector y como consecuencia de este reconocimiento la misma Constitución le adscribe una incidencia decisiva en procesos electorales orientados a proveer cargos unipersonales y de corporaciones públicas de elección popular, tal como lo establece el párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución que precisa que “[d]eberá 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; y tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas, no se podrá presentar a las nuevas elecciones la lista que no haya alcanzado el umbral”.*

<sup>69</sup> El Consejo de Estado, Sección Quinta, se ha referido en numerosas sentencias al voto en blanco, como por ejemplo, en las Sentencias de 22 de enero de 2015 (Exp. 2013-00030); 5 de febrero de 2015 (Exp. 2014-00093); 17 de septiembre de 2015 (Exp. 2014-00100), etc.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-145 del 23 de marzo de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), arriba citada, reafirmó el valor del voto en blanco al calificarlo como un “*derecho de quienes optan por esa alternativa de expresión de su opinión política*”.

En la Sentencia de unificación del 23 de abril de 2015, Exp. T-43144422, la Corte Constitucional (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), definió el voto en blanco como una forma de participar en política y expresar el inconformismo “*frente a las candidaturas de una determinada contienda electoral... 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*”.

En consecuencia, la Sala encuentra que siendo la UPTC una universidad estatal, que como tal se debe orientar siempre por la aplicación de los principios democráticos que informan nuestra Constitución Política, entre los cuales se encuentra el del respeto al libre ejercicio del derecho al voto, no es viable jurídicamente restringir o limitar en la elección del Rector de la misma UPTC, el derecho que tiene cualquiera de los integrantes del Consejo Superior Universitario de votar en blanco.

## F. La no aplicación del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución

La tercera pregunta indaga si “*en caso de admitirse el voto en blanco y... este ganara en la correspondiente sesión*”, se presentan los mismos efectos jurídicos de las elecciones unipersonales contemplados en la Constitución.

Sobre el particular resulta necesario observar el texto del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política, el cual fue modificado por el artículo 9º del Acto Legislativo No. 1 de 2009 y prescribe lo siguiente:

**“Artículo 258. (...)**

**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. (...)*”

Como se advierte, esta disposición se refiere únicamente a las elecciones de Corporaciones Públicas, Gobernador, Alcalde y la primera vuelta en las elecciones presidenciales, de manera que no se encuentra comprendida en su ámbito de aplicación la elección de Rector de una universidad estatal u oficial, como la UPTC.

## G. El período del Rector de la UPTC es institucional

La consulta inquiriere si el período del Rector de la UPTC es personal o institucional. Al efecto, es pertinente analizar el texto de los artículos 16 y 17 del Estatuto General de la UPTC, el Acuerdo No. 66 de 2005:

**“Artículo 16.** *El Rector es el Representante Legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad; será designado por el Consejo Superior, para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1º de enero siguiente a la fecha en que se realice la designación. Tal designación será de carácter personal”.*

**“Artículo 17.** *La designación del Rector se hará en el mes de noviembre anterior a la finalización del período rectoral. Cuando sobrevenga una situación extraordinaria, el Consejo Superior procederá a su designación, de conformidad con lo previsto en el presente Estatuto.*

**Parágrafo.** *El Acuerdo mediante el cual se designa al Rector de la Universidad, será publicado en el Diario Oficial”.*

Conforme se aprecia, el período del Rector de la UPTC es de cuatro (4) años y tiene establecida la fecha de iniciación, el 1º de enero del año siguiente a la fecha de la elección, de lo cual se infiere que su fecha de terminación es el 31 de diciembre del cuarto año del período.

Estos elementos, la duración del período y las fechas de iniciación y de terminación del mismo, llevan a la conclusión de que el período del Rector de la UPTC es institucional, no personal. Sobre el particular, la Sala mediante el Concepto No. 2095 del 12 de marzo de 2012 (C. P. William Zambrano Cetina), expresó lo siguiente:

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

*Por ello, la Sala ha reiterado que la denominación de un período como institucional significa que existe certeza del momento en que el mismo empieza y termina<sup>70</sup>, implica también que el período es estable y perentorio de forma que no se extiende más allá del plazo fijado para su finalización<sup>71</sup>; y conlleva igualmente que a su vencimiento cesa la competencia del funcionario, por lo cual este deberá dejar el cargo<sup>72</sup>”.*

70 Nota del Concepto No. 2095: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1743 del 08 de junio de 2006: “el carácter institucional de un período necesariamente implica la determinación constitucional o legal de las dos fechas precisas que delimitan el plazo para el ejercicio de la función pública asignada, es decir, la fecha de iniciación del período y la fecha de terminación. Esto significa que la persona designada para ocupar el cargo no puede tomar posesión antes de la fecha de inicio ni retirarse después de la fecha de terminación”.

71 Nota del Concepto No. 2095: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1860 del 06 de diciembre de 2007. M. P. Gustavo Aponte Santos.

72 Nota del Concepto No. 2095: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2032 del 29 de octubre de 2010. M. P. William Zambrano Cetina.

De otro lado, se debe precisar que cuando la norma del artículo 16 del Estatuto General de la UPTC dispone que la “*designación será de carácter personal*”, no está diciendo que el período es institucional sino que se refiere a que la designación recae sobre una persona determinada y esta no la puede transferir o delegar a otra persona.

Finalmente en este punto, conviene destacar que la circunstancia de que el período del Rector de la UPTC sea institucional, así sea por una disposición estatutaria de la Universidad, está en concordancia con la regla general establecida por el parágrafo del artículo 125 de la Constitución, según la cual los períodos constitucionales y legales para cargos de elección, sea esta popular o por un cuerpo colegiado o por la intervención de diferentes autoridades<sup>73</sup>, son institucionales. Dice así la norma:

**“Artículo 125. (...)**

**Parágrafo. Adicionado por el artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 2003.** *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.*

#### **H. Iniciación de un nuevo procedimiento de elección de Rector ante la constatación de algún vicio de ilegalidad en el procedimiento realizado**

La última pregunta de la consulta se refiere a si los integrantes del Consejo Superior pueden iniciar un nuevo procedimiento para la elección de Rector ante la constatación, se entiende por parte del Consejo Superior, de algún vicio de ilegalidad en el procedimiento adelantado para la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez.

Al respecto se observa que la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante el Auto del 7 de abril de 2016 que adicionó la mencionada Sentencia, dispuso que se debía realizar una nueva citación del Consejo Superior Universitario para efectuar la elección del Rector de la UPTC, sin que fuera necesario hacer un nuevo procedimiento electoral o introducir modificaciones al reglamento de elección. Estableció la Sección Quinta lo siguiente:

*“Tal situación jurídica hace imperativo que la Sala se pronuncie en el caso concreto sobre los efectos de la nulidad, por lo que adicionará el fallo en el sentido de indicar que **la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos**”.* (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, si el Consejo Superior hace la constatación de que en el procedimiento anterior hubo algún vicio de ilegalidad, lo lógico es que proceda a tomar los correctivos y medidas pertinentes e inicie un nuevo procedimiento de elección del Rector, pero si no hay tal constatación, lo conducente es cumplir lo ordenado por la Sección Quinta del

73 Ver el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. 2085 del 9 de diciembre de 2011, C. P. Enrique Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado de hacer una nueva citación para la sesión de elección del Rector de la UPTC.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

*“1. ¿La lista definitiva de candidatos podría modificarse para dar cabida a la persona que sigue en el orden de votación de la consulta interna que se realizó para la elección del rector?”*

No. La lista definitiva de candidatos no puede modificarse para incluir a la persona que sigue en el orden de votación de la consulta interna realizada para la elección del Rector de la UPTC.

*“2. ¿En la votación que realiza el Consejo Superior tendiente a elegir a un rector de la lista definitiva de candidatos puede excluirse la posibilidad de votar en blanco?”*

No. En la votación que realiza el Consejo Superior para elegir al Rector de la UPTC no se puede excluir el derecho de votar en blanco.

*“3. En caso de admitirse el voto en blanco y en el supuesto en el que este ganara en la correspondiente sesión, ¿tiene los mismos efectos jurídicos de las elecciones unipersonales contemplados en la Constitución, especialmente aquellos que se refieren a las inhabilidades e incompatibilidades y al procedimiento que debe adelantarse posterior a tal resultado de la elección<sup>74</sup>?”*

En el evento planteado no tiene aplicación la norma del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, pues esta se encuentra establecida únicamente para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales. En dicho evento será necesario repetir la votación.

*“4. ¿El período del rector es personal o institucional?”*

El período del Rector de la UPTC es institucional, de acuerdo con el Estatuto General de la Universidad.

*“5. Como quiera que tanto en la sentencia de 3 de marzo de 2016 como en su adición de 7 de abril de 2016 el Consejo de Estado dejó expresa constancia en el sentido de que no revisó la legalidad del procedimiento adelantado para elegir al doctor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector, ¿es jurídicamente viable que los integrantes del Consejo Superior, puedan iniciar un nuevo procedimiento para la elección de rector ante la constatación de algún vicio de ilegalidad?”*

<sup>74</sup> Nota de la consulta: Constitución Política: “**Artículo 258. (...) Párrafo 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.**”

Es jurídicamente viable que los integrantes del Consejo Superior puedan iniciar un nuevo procedimiento para la elección del Rector, ante la constatación por parte de ellos, de algún vicio de ilegalidad en el procedimiento adelantado para elegir al doctor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector, pero si no existe tal constatación, se debe proceder a hacer una nueva citación a fin de que el Consejo Superior elija al Rector, conforme lo estableció el Auto de adición del 7 de abril de 2016, mediante el cual la Sección Quinta del Consejo de Estado dispuso expresamente que *“la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos”*.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

## 2. Negociaciones colectivas. Administración pública – Servidores públicos

### Radicado 2339

Fecha: 15/05/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 15 de noviembre de 2017

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública solicita a esta Sala “concepto sobre la facultad del Gobierno nacional para integrar el pliego de solicitudes y determinar la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras de las organizaciones sindicales de empleados públicos en la mesa de negociación nacional”.

### I. Antecedentes

La consulta se refiere en primer término al marco normativo de las negociaciones colectivas con las organizaciones sindicales de los empleados públicos y en segundo término al fallo de tutela que ordenó suspender las negociaciones iniciadas con algunas de las organizaciones en marzo del año en curso.

Como marco normativo la consulta cita los artículos 2.2.2.4.7, 2.2.2.4.8 y 2.2.2.4.9 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, en los cuales se establecen, respectivamente, las condiciones de comparecencia de las organizaciones sindicales de empleados públicos para la negociación, la representatividad sindical y la integración de la comisión negociadora, y las reglas de la negociación. Respecto de las negociaciones para el año de 2017, informa la consulta lo siguiente:

- El Gobierno nacional instaló el 9 de marzo de 2017 la mesa nacional con la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), y la Confederación General de Trabajadores (CGT), que presentaron el pliego de peticiones unificado.

- Dicha instalación no incluyó a la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT), Unión de Trabajadores de Colombia (UTC), Confederación de Servidores Públicos y de los Servicios Públicos (CSPC), ni a la Confederación de la Unión Sindical de Trabajadores (CTU), por cuanto presentaron pliegos independientes.

- La CNT y la CSPC iniciaron acciones de tutela que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera<sup>75</sup> acumuló y decidió en la Sentencia No. 2017-03-55 AT, del 28 de marzo de 2017, en la cual se destacó la obligación de las organizaciones sindicales de empleados públicos de adelantar entre ellas, de manera autónoma y democrática, las actuaciones necesarias para lograr la unidad de pliego y la unidad de integración de las

<sup>75</sup> En el texto de la consulta se dice que el fallo de tutela fue de “la Sección Primera del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”. Sin embargo, adjunta el texto conforme al cual se trata de un fallo de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La Sala lo verificó al igual que constató que fue impugnado, y que se propuso un incidente de desacato, este último al despacho del señor Magistrado Ponente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, razón por la cual, a la fecha aún no ha sido tramitada a impugnación.



comisiones negociadoras y asesoras, que exige la norma reguladora del procedimiento de negociación.

Destaca la consulta que hasta la fecha de su formulación – 11 de mayo de 2017<sup>76</sup>-, tal exigencia no había sido cumplida, en razón de lo cual continúa suspendida la negociación tal como lo ordenó el juez de tutela en la citada sentencia. Agrega la consulta que la negociación colectiva en el sector público es de gran importancia para el Gobierno nacional como instrumento para fortalecer los procesos de concertación sobre las condiciones del empleo público adelantados en los últimos años.

En virtud de lo cual, la señora Directora formula a la Sala las siguientes preguntas:

*1. Si las organizaciones sindicales no definen la unidad de pliegos, así como la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras por medios democráticos, ¿le asiste competencia al Gobierno nacional para establecerlas?*

*2. Si las organizaciones sindicales no cumplen lo ordenado en el fallo de tutela, ¿hasta cuándo se entiende suspendida la mesa de negociación?*

*3. ¿Qué alternativas tendría el Gobierno nacional para reanudar la mesa de negociación del año 2017, ante el desacuerdo de las organizaciones sindicales de empleados públicos para integrar los pliegos y determinar su representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras?*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

El problema jurídico que se plantea a la Sala, en los términos de los interrogantes formulados se orienta a determinar (i) si el Gobierno nacional tiene iniciativa y competencia para suplir el desacuerdo de las organizaciones sindicales y reanudar la mesa de negociación del año 2017 y (ii) la vigencia de la decisión del juez de tutela sobre la suspensión de las negociaciones. La Sala entonces analizará los siguientes temas:

- (i) Los derechos de sindicalización y de negociación colectiva de los empleados públicos en el marco de la Constitución Política, las Convenciones de la OIT, las leyes aprobatorias de las mismas y la jurisprudencia nacional;
- (ii) El Decreto 160 de 2014, cuyo articulado corresponde al Capítulo 4, Título 2 (Relaciones laborales colectivas) Parte 2 (Reglamentaciones) Libro 2 (Régimen reglamentario del Sector Trabajo) del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo;
- (iii) La reglamentación de la acción de tutela en cuanto a los efectos de las decisiones de instancia;

<sup>76</sup> Se indica la fecha de radicación en la Secretaría de esta Sala por cuanto el escrito de la consulta no tiene otra fecha.

(iv) Posibles alternativas de competencia del Gobierno nacional.

## 1. Los derechos de sindicalización y de negociación colectiva de los empleados públicos

### 1.1. Los fundamentos constitucionales

La Constitución Política de 1991 consagra de manera expresa y específica los derechos de los trabajadores y de los empleadores a sindicalizarse y asociarse “sin intervención del Estado” y ordena que la estructura interna y el funcionamiento de las respectivas organizaciones deben ajustarse a la ley y a los principios democráticos; enuncia algunos de los derechos inherentes al ejercicio del derecho de los trabajadores a sindicalizarse; excluye del mismo solo a los miembros de la Fuerza Pública; e incorpora al ordenamiento constitucional el derecho a la negociación colectiva:

*“Artículo 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.*

*La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.*

*La cancelación o la suspensión de la personería jurídica solo procede por vía judicial.*

*Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.*

*No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.*

*“Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.*

*Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.*

Con referencia al derecho de sindicalización, en atención a la materia de la consulta, los textos constitucionales transcritos y su desarrollo jurisprudencial fundamentan:

- La libertad para organizar sindicatos, afiliarse y desafiarse de los mismos, de la cual es titular cada trabajador;

- La autonomía inherente a la organización sindical expresada, básicamente, en (i) la no intervención del Estado en su constitución, (ii) el reconocimiento de la personería jurídica con la inscripción del acta de constitución, (iii) el juez como única autoridad facultada para suspender o cancelar la personería jurídica; y (iv) la libertad para su autorregulación, condicionada solo por la ley y los principios democráticos.

Respecto del derecho a la negociación colectiva, la norma constitucional lo define como un regulador de las relaciones laborales en virtud del cual se impone al Estado el deber de promover la concertación y los demás medios que aseguren la resolución pacífica de los conflictos.

Con base en las disposiciones enunciadas y excepción hecha de los miembros de la Fuerza Pública, los empleados públicos, además de constituir sindicatos tienen el derecho a la negociación colectiva.

En el ejercicio de ese derecho de negociación, las partes –autoridades públicas y organizaciones sindicales– deben tener como referente el conjunto de disposiciones constitucionales y legales que asignan a las autoridades públicas las competencias para fijar, mediante actos administrativos unilaterales las condiciones salariales, prestacionales y funcionales de los empleos públicos, lo cual se configura en una limitante al ejercicio del derecho de negociación colectiva pero no lo excluye ni lo hace inane.

Como se verá a continuación, tanto los Convenios de la OIT, 151 y 154, como las decisiones judiciales sobre su exequibilidad, armonizan la naturaleza, la oportunidad y el alcance de los ámbitos de actuación de las partes en las negociaciones colectivas.

## 1.2. Los Convenios de la OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en los Convenios 151 y 154, adoptó disposiciones sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y sobre el fomento a la negociación colectiva, respectivamente.

En vigencia de la Constitución de 1991, ambos convenios fueron aprobados por el Congreso de la República y revisados y declarados exequibles por la Corte Constitucional. Además ambos contemplan la remisión al ordenamiento jurídico interno para la adopción de las medidas tendientes a su observancia.

- **Convenio 151**<sup>77</sup>, “*Sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo de la Administración Pública*”.

El artículo 1º impone el deber de aplicarlo a “*todas las personas empleadas por la administración pública*”, a la vez que remite a la legislación nacional para que se definan las excepciones relacionadas con la fuerza pública y los empleados de alto nivel con poder decisorio, cargos directivos o funciones de naturaleza altamente confidencial.

Como expresión de la protección al derecho a sindicalizarse, el artículo 5º consagra:

“*Artículo 5º*”

77 Adoptado por la OIT en la 64ª Conferencia General realizada en Ginebra (Suiza), 1978. Aprobado por la Ley 411 de 1997, declarada exequible en sentencia C-377-98 (julio 27).

1- Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.

2- Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su condición, funcionamiento o administración.

3- Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública”.

Se consagran así dos derechos de las organizaciones sindicales de los empleados públicos: (i) a su absoluta independencia respecto de las autoridades públicas, y (ii) a contar con la protección necesaria contra cualquier injerencia de las autoridades en su organización, administración y funcionamiento.

Adicionalmente se consagra su derecho a participar en la determinación de las condiciones del empleo, así:

*“Artículo 7°*

*Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.*

También se prevé que las autoridades y las organizaciones se esfuercen en resolver los conflictos que puedan emerger en la determinación de las condiciones de empleo:

*“Artículo 8°*

*La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”.*

Como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-377-98, de revisión del Convenio 151 y su ley aprobatoria, 411 de 1997, la finalidad y el contenido del convenio en mención *“armonizan plenamente con los principios y valores constitucionales, pues la Carta reconoce que, en general los servidores públicos gozan de sus derechos constitucionales, como toda persona y todo trabajador...”*

A renglón seguido, sin embargo, la Corte afirmó que tales derechos para los servidores públicos “... pueden ser limitados en algunos aspectos, debido a que la relación de trabajo al interior de la administración pública comporta un contenido de interés general...”, como por ejemplo, la restricción del derecho a la huelga en los servicios públicos que la ley califique como esenciales.

En el mismo sentido, la sentencia en comento se refirió a las competencias que por mandato constitucional tienen el Congreso y el Presidente de la República para establecer las funciones y remuneraciones de los empleos públicos y señaló la participación, que es uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2º constitucional), como el fundamento constitucional para que los empleados públicos participen en la definición de las condiciones de trabajo que indudablemente les afectan, en razón de lo cual expuso las siguientes consideraciones:

*“...conforme a la Constitución, las condiciones de trabajo (funciones y remuneración) de los empleados públicos son determinadas unilateralmente por el Estado, por lo cual pareciera que los artículos 7º y 8º de la convención bajo revisión no pudieran ser aplicados a este tipo específico de servidores públicos, y que entonces fuera necesario que se condicionara la exequibilidad de esas disposiciones.*

*Sin embargo, la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas (C. P. art. 2º). Además, en materia de conflictos de trabajo, la Carta establece que es deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de esas controversias (C.P. art. 55). Nótese que esta última norma no distingue, lo cual significa que el deber del Estado de fomentar una solución concertada se predica de todos los conflictos laborales. Conforme a lo anterior, los empleados públicos tienen derecho a participar, en alguna forma, en la definición de sus condiciones de trabajo, puesto que se trata de determinaciones que indudablemente los afectan. Igualmente, en desarrollo del mandato del artículo 55 superior, es deber del Estado promover la concertación también en caso de que ocurra un conflicto colectivo en relación con los empleados públicos pues, como se dijo, la Carta consagra una obligación estatal general. Por ende, la decisión de excluir a los empleados públicos de los beneficios propios de la negociación, (artículos 7º y 8º de la Convención bajo revisión), no parece adecuada, pues no solo desconoce el derecho de estos servidores a participar en alguna forma en decisiones que los afectan significativamente sino que, además, restringe indebidamente la obligación estatal de promover una solución concertada y pacífica de todos los conflictos laborales. En tales circunstancias, y en virtud del principio hermenéutico de armonización concreta o de concordancia práctica, según el cual siempre se debe preferir aquella interpretación que permite satisfacer simultáneamente las normas constitucionales en conflicto, la Corte entra a analizar si es posible hacer compatible la facultad que tienen las autoridades de señalar unilateralmente las condiciones de trabajo de los empleados públicos con el deber del Estado de promover la solución concertada de los conflictos laborales y con el derecho de los empleados públicos a participar en estas determinaciones.*

17- La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los

*empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades”.*

En síntesis, con base en los artículos 2, 39 y 55 de la Constitución Política, el Convenio 151 de la OIT y su revisión de constitucionalidad, debe concluirse:

- a) El derecho de los empleados públicos, con la excepción constitucional de los miembros de la Fuerza Pública y las demás excepciones previstas en la ley, a constituir organizaciones sindicales;
- b) El reconocimiento de la autonomía absoluta de esas organizaciones frente a las autoridades públicas;
- c) El derecho de los empleados públicos de participar, a través de sus organizaciones sindicales, en la determinación de las condiciones de los empleos públicos;
- d) El reconocimiento de las competencias constitucionales y legales del Gobierno nacional para establecer unilateralmente las condiciones de los empleos públicos; y
- e) El deber de las autoridades públicas de fomentar la negociación de las mencionadas condiciones y de adoptar las medidas de concertación, mediación y composición que permitan resolver los conflictos que puedan surgir por razón de dicha negociación, sin perjuicio del ejercicio de las ya subrayadas competencias.

Debe señalarse que el Gobierno nacional ha reglamentado el Convenio 151 en punto al procedimiento y requisitos de los procesos de negociación con las organizaciones sindicales que representan a los empleados públicos. Sobre el reglamento vigente se tratará más adelante.

- Convenio 154<sup>78</sup> “*Sobre el fomento de la negociación colectiva*”.

Como se señaló, también contiene remisiones a la legislación interna para efectos de su observancia.

El artículo 1º refirió su campo de aplicación a “*todas las ramas de actividad económica*” y en su numeral 3 indicó: “...3. *En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio*”.

En el mismo sentido, el artículo 5 estableció el deber de “*adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva*”.

En todo caso, las medidas de fomento deben ser consultadas previamente y en lo posible acordadas, con las organizaciones de empleadores y trabajadores y no pueden concebirse ni aplicarse como obstáculos para la negociación colectiva:

“*Artículo 7º*”

*Las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores*”.

“*Artículo 8º*”

*Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*”.

La revisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-161-00 destacó la armonía de las disposiciones de la Convención 154 con el Preámbulo y los artículos 2 y 55 de la Constitución<sup>79</sup>:

*“... el artículo 55 de la Carta determina que el Estado debe garantizar e impulsar este mecanismo de solución pacífica de controversias económicas laborales, cuyo ámbito específico de aplicación corresponde a la ley.<sup>80</sup> En este contexto, la necesidad de fomentar la negociación colectiva implica un reconocimiento claro de la capacidad de autorregulación de los empleadores y trabajadores en la relación laboral, obviamente dentro de los márgenes que la regulación normativa mínima obliga a respetar...*

*6. Así mismo, para la Corte es claro que el impulso de la negociación colectiva en la legislación colombiana también tiene sustento en el preámbulo y en el artículo 2º de la Consti-*

78 Adoptado por la sexagésima séptima (67ª) Reunión de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza) 1981. Aprobado por la Ley 524 de 1999. La sentencia C-161-00 (23 de febrero) declaró exequibles el convenio y su ley aprobatoria.

79 También se refiere la sentencia a los artículos 56, limitación del derecho a la huelga, y 333, libertad económica e intervención del Estado en la economía.

80 (Esta cita es de la Sentencia C-161-00) “Al respecto puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-597 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón”.

*tución, según las cuales el Estado debe promover y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. En efecto, es evidente que una de las funciones más importantes de la negociación colectiva es precisamente la participación activa y decidida de los sujetos de la relación laboral, en la búsqueda de soluciones a los conflictos económicos que surgen de ella. Por consiguiente, el Estado no solo debe garantizar el libre ejercicio de este derecho sino que debe “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo” (C.P. inciso 2 del art. 55)”.*

Del Convenio 154 es interesante tener presente la exigencia de la consulta previa como expresión del deber del Estado de facilitar la participación de todos en los asuntos que les afectan, cuando se trata de establecer las medidas de fomento a la negociación colectiva; así como la exigencia de que tales medidas no se constituyan en obstáculos para el ejercicio del derecho de negociación colectiva.

## **2. El Decreto 160 de 2014 referente a la negociación colectiva con las organizaciones sindicales de empleados públicos**

La Ley 411 del 5 de noviembre de 1997, *“Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública’, adoptado en la 64ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978”*, consagra de manera general los derechos de sindicalización y de negociación colectiva de los empleados públicos. Esta ley fue objeto de la revisión de constitucionalidad establecida por el artículo 241-10 de la Carta; la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-377 de 1998, declaró exequible tanto el mencionado Convenio como su ley aprobatoria.

El Gobierno nacional expidió el Decreto 160 del 5 de febrero de 2014, *“Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”*, en cuyos considerandos se señala que el artículo 7 del citado Convenio prevé la necesidad de que se adopten *“medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos”*; y que el artículo 8º del mismo Convenio dispone que la solución de las controversias relacionadas con las condiciones del empleo *“se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje”*.

El Decreto reglamentario 160 de 2014 fue incorporado al Decreto 1072 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”*, en el capítulo referente a los sindicatos de empleados públicos que comprende los artículos 2.2.2.4.1 a 2.2.2.4.15, los cuales regulan en la actualidad, las negociaciones colectivas entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos.



Resulta oportuno destacar algunas de estas normas que se relacionan con los temas de la consulta: El primer artículo citado establece el campo de aplicación del mencionado capítulo, en el sentido de que comprende a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con unas excepciones muy puntuales, en los siguientes términos:

**“Artículo 2.2.2.4.1. Campo de aplicación.** *El presente capítulo se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de:*

*1. Los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas;*

*2. Los trabajadores oficiales;*

*3. Los servidores de elección popular o los directivos elegidos por el Congreso o corporaciones territoriales, y,*

*4. El personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 2º)”*

El artículo siguiente fija determinadas reglas para la aplicación de dicho capítulo, siendo de destacar la que establece que la negociación debe respetar las competencias exclusivas atribuidas constitucional y legalmente a las entidades y autoridades públicas. Esta norma dispone lo siguiente:

**“Artículo 2.2.2.4.2. Reglas de aplicación del presente capítulo.** *Son reglas de aplicación de este capítulo, las siguientes:*

*1. El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas: la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.*

*2. El respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal.*

*3. Una sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 3º)”*

El artículo 2.2.2.4.3 trae varias definiciones aplicables a esta reglamentación. Así, empleado público es la “*persona con vínculo laboral legal y reglamentario a la que se le aplica*

este capítulo” y las organizaciones sindicales de empleados públicos “*son las representativas de los empleados públicos*”. El término “*negociación*” se precisa en el numeral 5 de la siguiente forma:

*“5. Negociación: Es el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos de una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, susceptibles de negociación y concertación de conformidad con lo señalado en el presente capítulo.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 4º)”*

El artículo siguiente del Decreto 1072 de 2015 establece los temas susceptibles de negociación y los excluidos de la misma, y es claro el 2º párrafo en cuanto a la exclusión del tema prestacional, por la competencia exclusiva constitucional y legal del Presidente de la República en esa materia. Dice así la norma:

**“Artículo 2.2.2.4.4. Materias de negociación.** *Son materias de negociación:*

- 1. Las condiciones de empleo, y*
- 2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.*

**Parágrafo 1.** *No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:*

- 1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.*
- 2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.*
- 3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.*
- 4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.*
- 5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.*

**Parágrafo 2.** *En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 5º)”*

En relación con quienes son partes de la negociación, el artículo 2.2.2.4.5 del Decreto 1072 de 2015, correspondiente al artículo 6° del Decreto 160 de 2014, establece que pueden serlo uno o varias entidades y autoridades públicas competentes, según la distribución constitucional y legal, y una o varias organizaciones sindicales de empleados públicos.

El artículo 2.2.2.4.6 distingue dos ámbitos de la negociación, siendo de destacar el general por su amplia cobertura y la concurrencia de representantes de importantes organismos del Estado y de las confederaciones y federaciones sindicales de empleados públicos. Esta norma establece lo siguiente:

**“Artículo 2.2.2.4.6. Ámbito de la negociación.** Constituyen ámbitos de la negociación:

1. El general o de contenido común, con efectos para todos los empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio.

2. El singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio.

**Parágrafo.** En el ámbito general o de contenido común, la negociación se realizará con representantes de las Confederaciones y federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público, de Planeación Nacional y del Departamento Administrativo de la Función Pública y por las demás autoridades competentes en las materias objeto de negociación. En el ámbito singular o de contenido particular, la participación de las anteriores instancias será facultativa.

(Decreto 160 de 2014, art. 7°)”.

El artículo 2.2.2.4.7 determina los requisitos para que las organizaciones sindicales de empleados públicos concurren a la negociación colectiva con las autoridades públicas, en los siguientes términos:

**“Artículo 2.2.2.4.7. Condiciones y requisitos para la comparecencia sindical a la negociación.** Para la comparecencia sindical a la negociación se deben cumplir las siguientes condiciones y requisitos:

1. Dentro de la autonomía sindical, en caso de pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos, estas deberán realizar previamente actividades de coordinación para la integración de solicitudes, con el fin de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras.

2. Los negociadores deben ser elegidos en Asamblea Estatutaria.

3. El pliego de solicitudes debe adoptarse en asamblea y presentarse dentro de los dos meses siguientes a la realización de la misma.

4. *El escrito sindical por el cual se presenta y anexa el pliego a las entidades y autoridades públicas competentes, deberá ir con copia al Ministerio del Trabajo e indicar la fecha de la asamblea sindical y los nombres de los negociadores designados.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 8º)* (Resalta la Sala).

Como se observa, esta norma señala inicialmente “dentro de la autonomía sindical”, que en el evento de que haya pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos, estas deben realizar previamente actividades o reuniones de coordinación con la finalidad de acudir a la negociación “en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras”<sup>81</sup>, que fue lo que no ocurrió respecto de cuatro (4) organizaciones sindicales y motivó la suspensión de la negociación colectiva que se adelantaba en el sector público nacional, decretada en virtud de los derechos fundamentales de igualdad y de asociación sindical por el mencionado fallo de tutela de primera instancia, del 28 de marzo de 2017, de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cabe observar que se podría interpretar, en aplicación del principio de jerarquía normativa, que en razón de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva garantizados por los artículos 39 y 55 de la Constitución y regulados en instrumentos internacionales como los Convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobados respectivamente por las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, estas normas prevalecieran sobre el Decreto reglamentario 160 de 2014, y que en consecuencia, la aludida negociación colectiva se pudiera adelantar aunque no hubiera unidad de pliego, pero en la actualidad tal interpretación no es procedente pues se encuentra vigente la orden de suspensión impartida por el mencionado fallo de tutela, el cual es de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1072 de 2015 establece la manera de conformar la comisión negociadora cuando son varias organizaciones sindicales de empleados públicos que concurren a la negociación colectiva:

**“Artículo 2.2.2.4.8. Grado de representatividad sindical y conformación de la comisión negociadora.** *El grado de representatividad sindical y la conformación de la comisión negociadora, se efectuará, así:*

1. *En caso de que concurren a la negociación varias organizaciones sindicales de empleados públicos, estas en ejercicio de su autonomía sindical determinarán el número de integrantes de la comisión negociadora y su distribución entre los distintos sindicatos. En el evento en que no haya acuerdo para la distribución de los representantes ante la mesa de negociación, esta debe ser objetiva y proporcional al número de afiliados con*

81 El artículo 17 del Decreto 160 de 2014 derogó el Decreto 1092 de 2012, el cual reglamentaba los artículos 7º y 8º de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones sindicales de empleados públicos, y no contemplaba una norma que estableciera el requisito de unidad de pliego en el evento de varias organizaciones sindicales en la negociación. Cabe anotar que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 27 de abril de 2017, Rad. 11001-03-25-000-2012-00348-00, negó la nulidad de varios apartes del Decreto 1092 de 2012.

**derecho y pago de su cuota sindical depositada en banco, conforme a los artículos 393 y 396 del Código Sustantivo del Trabajo y según certificación del tesorero y secretario.**

2. *El número de integrantes de la comisión negociadora sindical debe ser razonablemente proporcional al ámbito de la negociación.*

*(Decreto 160 de 2014, art. 9º)*” (Destaca la Sala).

Como se advierte, cuando hay pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos y estas no se ponen de acuerdo en la conformación de la comisión negociadora, esta norma ofrece una solución consistente en que se conforme de manera objetiva y proporcional al número de afiliados con pago de la cuota sindical en bancos, de acuerdo a certificación del tesorero y el secretario.

Las normas restantes del mencionado capítulo referente a los sindicatos de empleados públicos, del Decreto compilador 1072 de 2015, tomadas del Decreto 160 de 2014, se refieren a otros aspectos de la negociación, como son las reglas, términos y etapas, actas, garantías, el acuerdo colectivo, su cumplimiento e implementación y la capacitación.

### **3. Sobre la acción de tutela y los efectos de las sentencias de instancia.**

#### **3.1. La normatividad**

La Constitución de 1991 introdujo la acción de tutela como el mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando son amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares y no existe otro medio de defensa más eficaz o se requiera precaver un perjuicio irremediable:

*“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.*

Destaca la Sala el inciso segundo de la norma constitucional transcrita, conforme al cual el fallo de tutela es “de inmediato cumplimiento”, sin perjuicio de que pueda ser impugnado y, eventualmente, revisado por la Corte Constitucional.

Con base en las facultades conferidas por el artículo 5º, literal b) transitorio de la Constitución, se expidió el Decreto 2591 de 1991<sup>82</sup> para reglamentar el ejercicio de la acción en comento.

El artículo 27 del citado Decreto 2591 en armonía con el artículo 29<sup>83</sup> ordena a la autoridad responsable cumplir sin demora el fallo de tutela y, en todo caso dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, que es el plazo máximo que puede señalar el juez. El artículo 27 también establece las medidas que el juez puede adoptar para hacer efectiva su orden. Asimismo prevé que el juez del asunto conservará la competencia hasta tanto se logre el restablecimiento pleno del derecho o se eliminen las causas de su amenaza. Los artículos 31, 32 y 33 contienen las reglas atinentes a la impugnación y a la eventual revisión.

De manera que por mandato constitucional la sentencia de tutela en primera instancia se cumple dentro del plazo y en las condiciones que fije el juez de conocimiento. Sus efectos se mantienen hasta tanto se modifiquen o extingan en virtud del fallo que decida la impugnación. Por supuesto, también pueden ser variadas las decisiones de primera y segunda instancia como consecuencia de la eventual revisión por la Corte Constitucional.

### **3.2. La sentencia de tutela en el caso consultado**

Como lo narra la consulta, el Gobierno nacional ha adelantado en los últimos años procesos de negociación colectiva con las organizaciones sindicales que representan a los empleados públicos con el fin de buscar la concertación sobre las condiciones del empleo público.

En el marco del Decreto 160 de 2014, incorporado al Decreto 1072 de 2015 Único Reglamentario del Sector Trabajo, conforme se explicó, el 9 de marzo de 2017 se instaló la mesa nacional con las organizaciones sindicales que concurrieron con pliego unificado, a saber, la CUT, la CTC y la CGT.

La CNT y la CSPC instauraron, cada una, acción de tutela por vulneración de sus derechos a la igualdad y a la asociación sindical – negociación colectiva de empleados públicos. Dichas acciones fueron acumuladas y decididas en la sentencia No. 2017-03-55-AT

<sup>82</sup> Decreto 2591 de 1991 (noviembre 19), “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Confrontar los artículos 27, 31, 32 y 33.

<sup>83</sup> Decreto 2591/91, Artículo 29. “Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener: ... 5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas. (...)”

de fecha 28 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.<sup>84</sup>

Revisado el reporte sobre la situación del proceso, la Sala verificó que la sentencia fue impugnada y la impugnación está admitida pero el despacho de conocimiento adelanta incidente de desacato y, en consecuencia, aún no cursa la impugnación.

Se está entonces, ante una decisión judicial de tutela en primera instancia que es de cumplimiento obligatorio para todas las partes. Los términos de la sentencia de tutela son los siguientes:

**“PRIMERO. DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Presidencia de la República, en virtud de los argumentos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO. TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad y a la asociación sindical de la Confederación Nacional de Trabajadores y la Confederación de Servidores Públicos y de los Servicios Públicos de Colombia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

**TERCERO. ORDENAR** al Ministerio del Trabajo que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia suspenda la negociación del sector público 2017, únicamente en lo que se refiere al proceso de autocomposición que adelanta con la CUT, CTC y CGT, situación que permanecerá hasta tanto dichos organismos sindicales concurren en unidad de pliego, así como en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras con la CNT, la UTC, la CSPC y la CTU, con sujeción a los principios de concurrencia, economía, celeridad, igualdad, concertación, defensa de los intereses comunes y justicia social, entre los representantes de cada organismo sindical, superado lo cual se reanuda el proceso en los términos del Decreto 160 de 2014, sin que ello implique la alteración del proceso de autocomposición con los demás sectores partícipes”.

En síntesis, con el amparo a los derechos de las organizaciones tutelantes, el juez de tutela:

(i) ordenó al Ministerio de Trabajo suspender la negociación iniciada con la CUT, la CTC y la CGT;

(ii) y condicionó la continuidad de la negociación a que todas las organizaciones sindicales concurren con unidad de pliego y con unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras.

84 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Sentencia 2017-03-55 AT, 28 de marzo de 2017. Acción de tutela. Accionantes: Confederación Nacional de Trabajadores - Confederación de Servidores Públicos y de los Servicios Públicos de Colombia. Accionados: Presidencia de la República y Ministerio de Trabajo. Radicaciones: 25000-23-41-000-2017-00363-00 / 25000-23-41-000-2017-00370-00

Vale decir que la decisión judicial radicó en las organizaciones sindicales las decisiones que, de acuerdo con la normatividad vigente, se requieren para adelantar las negociaciones colectivas relativas a las condiciones del empleo público.

Como se explicó, esta decisión de primera instancia se cumple conforme con lo ordenado por el juez de tutela y obliga a todos, autoridades y organizaciones sindicales, mientras no se dé una de las siguientes posibilidades:

(i) que sea modificada o revocada en la segunda instancia, en virtud de la impugnación que está admitida, o como consecuencia de la eventual revisión de la Corte Constitucional;

(ii) que las organizaciones sindicales relacionadas en la tercera orden del fallo, adelanten los acercamientos que les permitan unificar sus pliegos y unificar las comisiones de negociadores y de asesores.

#### **4. Alternativas para el Gobierno nacional**

Pregunta la señora Directora consultante por las alternativas que podría tener el Gobierno nacional para reanudar la mesa de negociación del año 2017, ante los desacuerdos entre las organizaciones sindicales que se dejaron explicadas.

Estima la Sala que la acción del gobierno debe partir del reconocimiento de los siguientes elementos:

- El deber que impone al Estado el segundo inciso del artículo 55 de la Constitución, de “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.

- El respeto a la autonomía sindical, tal como la reconoce el artículo 39 de la misma Constitución.

- Las competencias constitucionales y legales del Gobierno nacional en las materias objeto de la negociación colectiva y el interés general que debe informar su ejercicio.

- El deber de evitar que la reglamentación de las medidas que fomenten la negociación colectiva se erija en obstáculo para la misma negociación.

Corresponde, entonces, al Gobierno nacional impulsar fórmulas que faciliten los acuerdos requeridos para la unificación del pliego y para la aplicación de las disposiciones reglamentarias en punto a la unificación de las comisiones negociadoras y asesoras, en el entendido de que no está facultado para suplir la voluntad de las organizaciones sindicales.

#### **5. Conclusiones**

Más allá de las circunstancias específicas que rodean la situación actual – que como quedó dicho están signadas por la obligatoriedad de las reglas de tutela -, observa la Sala



que los Convenios 151 y 154 de la OIT y sus leyes aprobatorias 411 de 1997 y 524 de 1999, tutelan un objeto jurídico principalísimo constituido por el reconocimiento a las organizaciones sindicales de las más amplias garantías y facilidades para el efectivo ejercicio del derecho de negociación colectiva relativo a las condiciones laborales de sus empleados y, en particular, de las condiciones del empleo público. En consecuencia:

1ª) La potestad reglamentaria ejercida respecto de los Convenios 151 y 154 de la OIT ha de atender a la efectiva y plena garantía del antedicho y subrayado objeto jurídico, y debe evitar contenidos que puedan llegar a configurar barreras para la cumplida realización del mismo objeto.

2ª) La aplicación de los reglamentos debe igualmente estar informada sobre los propósitos y las garantías inherentes al derecho de negociación colectiva, de manera que tampoco derive en barreras u obstáculos para su ejercicio.

3ª) La autonomía sindical, reconocida en la Constitución Política y en los Convenios de la OIT, para el caso específicamente en los convenios 151 y 154, excluye la posibilidad de que las autoridades públicas tengan injerencia alguna en las decisiones de las organizaciones sindicales relativas al ejercicio de sus derechos y al desarrollo de sus actividades.

4ª) El cumplimiento de dicho fallo de tutela corresponde a las organizaciones sindicales de empleados públicos mencionadas en él, como se desprende del punto Tercero de la parte resolutive que ordena suspender *“la negociación del sector público 2017, únicamente en lo que se refiere al proceso de autocomposición que adelanta con la CUT, CTC y CGT, situación que permanecerá hasta tanto dichos organismos sindicales concurren en unidad de pliego, así como en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras con la CNT, la UTC, la CSPC y la CTU, (...)”*.

5ª) Mientras las organizaciones sindicales no adelanten las acciones que eliminen la condición impuesta en el fallo de tutela para la continuidad de la negociación colectiva con el gobierno nacional para el año 2017, o el mencionado fallo no sea modificado o revocado vía impugnación o eventual revisión, es de obligatorio cumplimiento en los términos en los cuales lo adoptó el fallador.

6ª) Las competencias constitucionales y legales del Gobierno nacional respecto de las condiciones del empleo público, responden a las condiciones nacionales y a la normatividad interna que los Convenios 151 y 154 de la OIT expresamente reconocen y que fueron objeto de análisis en la revisión de constitucionalidad de los mismos y de sus leyes aprobatorias, según se reseñó atrás. En consecuencia, dichas competencias pueden ser ejercidas independientemente de que haya o no acuerdo colectivo con las organizaciones sindicales de empleados públicos.

## 6. Advertencia de la Sala

La Sala deja en claro que, sin perjuicio de las menciones hechas respecto de la acción de tutela –insoslayables en virtud de la necesidad de absolver integralmente las pregun-

tas formuladas-, absuelve la presente consulta dentro del marco general de la normatividad referente a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de empleados públicos. En consecuencia el concepto que se rinde no podrá entenderse como interferencia en la específica negociación colectiva suspendida en la actualidad.

Con base en las consideraciones expuestas,

### **LA SALA RESPONDE**

*1. Si las organizaciones sindicales no definen la unidad de pliegos, así como la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras por medios democráticos, ¿le asiste competencia al Gobierno nacional para establecerlas?*

No. El Gobierno nacional no tiene competencia para establecer la unidad de pliegos, independientemente de que las organizaciones sindicales de empleados públicos no la hayan definido. En cuanto a la representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras, si tales organizaciones no las definen, el Gobierno nacional puede solicitar la aplicación de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1072 de 2015.

*2. ¿Si las organizaciones sindicales no cumplen lo ordenado en el fallo de tutela, hasta cuándo se entiende suspendida la mesa de negociación?*

Las órdenes contenidas en un fallo de tutela se mantienen vigentes hasta tanto la sentencia sea modificada o revocada en virtud de la impugnación o de la eventual revisión por la Corte Constitucional, o hasta cuando se cumplan las condiciones establecidas en la misma sentencia.

La negociación del sector público propuesta en 2017 se encuentra suspendida “hasta tanto dichos organismos sindicales (se refiere a la CUT, CTC y CGT) concurren en unidad de pliego, así como en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras con la CNT, la UTC, la CSPC, y la CTU, (...)”, conforme lo ordena la Sentencia de Tutela No. 2017-03-55 AT, del 28 de marzo de 2017, de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o hasta que dicha sentencia sea modificada o revocada.

*3. ¿Qué alternativas tendría el Gobierno nacional para reanudar la mesa de negociación del año 2017, ante el desacuerdo de las organizaciones sindicales de empleados públicos para integrar los pliegos y determinar su representatividad y conformación de las comisiones negociadoras y asesoras?*

El Gobierno nacional, con fundamento en el artículo 55 de la Constitución Política y en armonía con los propósitos de los Convenios de la OIT 151 y 154, no debe escatimar esfuerzos orientados a prohijar el acercamiento de las organizaciones sindicales con el objeto de que pueda darse cabal cumplimiento a su derecho a la negociación colectiva

dentro del marco de la reglamentación vigente y de su espíritu, y de conformidad con las órdenes impartidas por la sentencia de tutela.

Más allá de esta obligación de medio, ha de tenerse presente que el Gobierno nacional no pierde sus competencias constitucionales y legales ni su deber de velar por la calidad de las condiciones económicas y funcionales de los empleos públicos.

Remítase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Édgar Gonzalez 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. Homologación del servicio educativo – modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción

#### Radicado 2301

Fecha: 14/12/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 11 de mayo de 2017

El Ministerio de Educación Nacional consulta a esta Sala sobre la homologación y nivelación salarial del personal administrativo recibido por las entidades territoriales en virtud de la descentralización del servicio educativo, en particular, sobre los requisitos legales para otorgarla, las competencias de la Nación y las entidades territoriales sobre la materia, los recursos con los que debe pagarse y la prescripción de dicha figura.

#### I. Antecedentes

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

1. Mediante las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, sobre descentralización administrativa de la educación, y 443 de 1998 y 909 de 2004, sobre carrera administrativa, los empleados del servicio educativo del orden nacional fueron incorporados a las plantas de personal de las entidades territoriales.
2. Como quiera que surgieron dudas en relación con las condiciones en que debía hacerse este proceso de incorporación, el Ministerio de Educación Nacional consultó a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado para saber si debía aplicarse alguna regla de igualdad salarial entre los funcionarios que se recibían de la Nación y los que ya cumplían las mismas funciones en la entidad territorial (homologación). Se preguntó además, en caso de que la respuesta al anterior interrogante fuera afirmativa, a cargo de quién estaba la obligación presupuestal del proceso de homologación, incluyendo el pago de la nivelación salarial, los retroactivos y su respectiva indexación.
3. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto 1607 de 9 de diciembre de 2004, estableció que efectivamente debía cumplirse un proceso de homologación con los funcionarios recibidos de la Nación (para cumplir la máxima de trabajo igual-salario igual). Pero además señaló que esas condiciones de incorporación no estaban sometidas a la discrecionalidad de las autoridades departamentales sino a las resultas de un estudio técnico concertado que permitiera ubicar los servidores en el grado de remuneración que correspondiera. Y en relación con los recursos necesarios para la homologación señaló:

*“1. Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos,*

*responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.*

*2. En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.*

*3. En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios”.*

*4. De esta manera, la incorporación de los empleados del servicio educativo del orden nacional en las plantas de personal de las entidades territoriales implicó la homologación del cargo desempeñado en la entidad territorial receptora, una nivelación salarial y, en algunos casos, el reconocimiento de un retroactivo.*

*5. En el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 se reconoció la dificultad de las entidades territoriales para asumir los costos derivados de la descentralización de la educación, razón por la cual el Ministerio de Educación Nacional expidió la Directiva Ministerial 10 de 2005, mediante la que señaló, entre otros aspectos, que el procedimiento de homologación del personal incorporado en la plantas territoriales de personal se sujetaba al estudio técnico al cual hizo referencia la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado.*

*6. Finalmente, el organismo consultante señala que las entidades territoriales tienen la competencia para realizar los estudios técnicos necesarios para las homologaciones, en la medida en que cuentan con los soportes documentales y la capacidad administrativa para ello, y que al ministerio solo le corresponde la validación del material aportado por las dichas entidades para la realización de dichos estudios.*

Con base en lo anterior, se formularon las siguientes preguntas:

*“1. Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?; en caso afirmativo:*

*-¿Bajo qué condiciones sería procedente que la entidad territorial realice modificaciones?*

*-¿Ese derecho prescribe?; ¿en cuánto tiempo y en qué condiciones?*

*-¿Es la modificación del Estudio Técnico un medio idóneo para subsanar estas deficiencias?*

*-¿Cuál(es) otro(s) mecanismo(s) sería(n) conducente(s) para realizar este trámite?*

*-¿Con cargo a qué recursos se deben pagar los costos derivados de la nueva homologación y nivelación salarial?*

*-¿Opera la prescripción para el pago de retroactivo?; ¿en cuánto tiempo y en qué condiciones?*

*2. Dentro del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del sector educativo, ¿el Ministerio de Educación está facultado para validar y certificar modificaciones a los estudios técnicos presentados por las entidades territoriales?*

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

### **1. Problema jurídico y aclaración previa**

De los antecedentes y preguntas presentadas a la Sala puede observarse que el problema central de la consulta gira en torno a la posibilidad de corregir la homologación de cargos hecha por los departamentos y municipios cuando recibieron el personal administrativo vinculado a la educación, como consecuencia de la descentralización de ese servicio ordenada por las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Específicamente se pregunta si es posible hacer ajustes a esa homologación cuando se detectan errores en los estudios técnicos que le sirvieron de soporte; si para ese efecto opera algún tipo de prescripción; cuál es el procedimiento que debe seguirse en esos casos y, finalmente, hasta donde llegan las facultades del Ministerio de Educación para revisar o validar dicho procedimiento.

Para resolver la presente consulta, la Sala analizará (i) los fundamentos del proceso de descentralización del servicio educativo ordenado en las Leyes 60 de 1993 y Ley 715 de 2001; (ii) la homologación y nivelación del personal administrativo de la educación que surgió como consecuencia de ese fenómeno; (iii) la posibilidad de revisar y, si es del caso, corregir ese procedimiento y bajo qué condiciones; (iv) los recursos con los que debe pagarse una eventual revisión de la homologación y nivelación salarial inicial; y (v) la prescripción de las acciones en el supuesto analizado.

La Sala aclara que el presente concepto se refiere exclusivamente a la homologación del personal administrativo del servicio educativo derivada de la descentralización ordenada en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, razón por la cual no se extiende a otros supuestos de hecho o de derecho que en casos particulares puedan dar origen a ese fenómeno.

## 2. La descentralización de la educación

### 2.1. La Ley 60 de 1993

La Ley 43 de 1975 nacionalizó el servicio público de la educación primaria y secundaria, que hasta ese momento era de competencia de los departamentos, municipios, intendencias, comisarias y el Distrito Especial de Bogotá (art 1°). La referida ley, en distintos artículos, identifica al “personal adscrito” a los establecimientos educativos como los destinatarios de la nacionalización de la educación, sin distinguir cargo, función o calidad. De tal manera que tanto el cuerpo docente como el personal administrativo que conformaba la planta general de los planteles educativos de primaria y secundaria quedó a cargo de la Nación.

Asimismo, se previó que los gastos de funcionamiento y las prestaciones sociales de la nacionalización del servicio público educativo fueran asumidos por la Nación, para lo cual se congelaría el monto de las asignaciones que las entidades territoriales hubiesen aprobado para el efecto (arts. 1°, 2° y 4°, *ibídem*).

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 cambió sustancialmente la concepción de Estado de la Constitución Política de 1886, sobre todo en materia de organización y autonomía territorial. Para ello otorgó a las entidades territoriales -regiones, departamentos, municipios, provincias, distritos, áreas metropolitanas y territorios indígenas- la capacidad para “*governarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejercieran autónomamente*”<sup>85</sup>.

Se inicia así un proceso de descentralización<sup>86</sup> orientado al fortalecimiento de las entidades territoriales que comprende, según el artículo 287 de la Constitución Política, (i) el derecho a gobernarse por autoridades propias; (ii) la posibilidad de ejercer las competencias que les corresponda; (iii) la potestad de administrar sus recursos y tributos; y (iv) el derecho a participar en las rentas nacionales.

Lo anterior, obligó entonces a “*redefinir el marco de competencias y transferencias intergubernamentales, así como también de los espacios entre la Nación, los departamentos y los municipios; a corregir defectos y a completar la legislación en materia de descentralización*”<sup>87</sup>, lo que necesariamente cobijó la prestación del servicio educativo que otrora había sido nacionalizada por la Ley 43 de 1975, según se indicó.

85 Rodríguez R., Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia, décimo cuarta edición. Temis. Pág. 27.

86 Sobre la descentralización administrativa, la Corte Constitucional ha señalado que la Carta Política de 1991 se fundamenta en “*los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses – artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia – artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos*”. (Sentencia C-123 de 2014).

87 Ponencia para primer debate, Proyecto de Ley No. 120 de 1992 – Senado “*Por el cual se dictan Normas Orgánicas sobre la Distribución de Competencias, de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política, y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”. Gaceta No. 137 de 1993, pág. 1.

Inicialmente se expide la Ley 60 de 1993<sup>88</sup>, cuyo propósito general, fundamentado en los artículos 151<sup>89</sup> y 288<sup>90</sup> de la Constitución Política de 1991, fue la redistribución de competencias administrativas de diversa índole, que anteriormente se encontraban asignadas de manera exclusiva a la Nación.

Particularmente, en relación con la administración del servicio educativo, la Ley 60 de 1993 dispuso: *i)* que **los departamentos prestarían los servicios educativos estatales y asumirían las obligaciones correspondientes; ii)** que **la ley y sus reglamentos deberían señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal administrativo** de los servicios educativos estatales; *iii)* que ningún departamento, distrito o municipio podía vincular empleados administrativos por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adoptara y *iv)* **que los gastos generados con la prestación del servicio educativo por los departamentos se cubrirían con el situado fiscal** (artículo 3º, se resalta).

Se da así una primera etapa de descentralización del servicio educativo, normalmente conocida como la “*departamentalización*” de la educación<sup>91</sup>, para cuyo efecto la misma ley dispuso el traslado de la Nación a los departamentos y distritos certificados de los bienes, establecimientos y personal vinculado a la prestación del servicio educativo:

*“Artículo 15.- Asunción de competencias por los departamentos y distritos. Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas.”* (Se resalta).

En consecuencia, el personal docente del sector educativo que venía prestando sus servicios a la Nación por mandato legal (Ley 43 de 1975) fue transferido a la respectiva entidad territorial. Dicho personal, otrora nacional, se incorporaba entonces a los departamentos y distritos, con lo cual se rompió el vínculo existente con la Nación.

88 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”

89 “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.” (Negrillas agregadas).

90 “Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley” (Negrillas agregadas).

91 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 2016, expediente 2014-00136: “En este punto, la Sala tampoco pasa por alto el hecho que de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política el legislador expidió la Ley 60 de 1993 por la cual se dictaron normas orgánicas sobre la distribución de competencias y recursos en materia educativa; abriéndose paso así a la descentralización de la educación, mediante la entrega por parte de la Nación a los departamentos y distritos de los bienes, el personal y los establecimientos educativos”.



## 2.2. La Ley 715 de 2001

Una situación similar ocurrió al expedirse la Ley 715 de 2001<sup>92</sup>, con la cual, en orden a reorganizar la prestación de los servicios de educación y salud, se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias. Con esta ley se produce una nueva descentralización del servicio educativo, ahora denominada “municipalización”<sup>93</sup>, en atención a que se estableció que los municipios certificados<sup>94</sup> pasarían a administrar de manera autónoma el servicio educativo y los recursos asignados a través del Sistema General de Participaciones para su prestación. Al respecto, el artículo 7° de la ley dispuso:

*“Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados.*

*7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.*

*7.2. Administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la **prestación de los servicios educativos** a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley y en el reglamento.*

*7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley (...).” (Se resalta).*

La competencia asignada a los distritos y municipios de que trata el artículo anterior, de manera similar a como ocurrió con la Ley 60 de 1993 -artículo 14-, implicó la recepción, por parte de los municipios, del personal perteneciente a las plantas dispuestas para la prestación del servicio educativo, con lo cual desapareció definitivamente la concepción de una educación nacionalizada.

En virtud de esta segunda descentralización, la Ley 715 de 2001 estableció que los empleados del servicio educativo debían ser incorporados a las plantas de personal de los departamentos, municipios o distritos (según el caso)<sup>95</sup>, con la claridad de que dicha incorporación también aplicaba para *directivos y personal administrativo de los planteles*

92 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

93 “A partir de la promulgación de la Ley 715 de 2001, se buscó municipalizar el servicio educativo que había quedado departamentalizado con la expedición de la Ley 60 de 1993 y para tales fines se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-01244.

94 Cabe precisar que los departamentos continuarían administrando el personal docente y administrativo de los planteles educativos de los municipios no certificados.

95 Para el caso de los municipios y distritos, en la medida en que se certificaran para el efecto: “Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados.

7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.

7.2. Administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley y en el reglamento”.

educativos y no solamente para los docentes, como había ocurrido con la Ley 60 de 1993. En efecto, el artículo 34 de la Ley 715 de 2001 señaló:

*“Artículo 34. Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios.*

*Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad (...).”*

*“Artículo 38. Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.*

*Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.”*

Así las cosas, el concepto de educación nacionalizada termina definitivamente con la Ley 715 de 2001, toda vez que como se señaló en su exposición de motivos<sup>96</sup>, la Ley 60 de 1993 no fue suficiente para alcanzar dicho objetivo, entre otras razones, porque en esa oportunidad no se tuvo en cuenta al personal administrativo con el que se presta el servicio educativo.

### **3. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo del servicio educativo como consecuencia de su incorporación a las plantas de personal de las entidades territoriales**

#### **3.1. Aspectos generales**

Como se indicó anteriormente, de acuerdo con lo establecido los artículos 15 de la Ley 60 de 1993 y 34 de la Ley 715 de 2001, el personal adscrito a las plantas de personal del servicio educativo del orden nacional debía ser recibido o incorporado<sup>97</sup> en las plantas existentes o que se crearan para el efecto en las entidades territoriales (departamentos, municipios o distritos), en virtud de la descentralización de la educación.

Se produce así un traslado de los servidores de la educación, los cuales dejaban de pertenecer a la planta de personal de la Nación y pasaban a incorporarse a las plantas de personal de las entidades territoriales. Este proceso se debía hacer de forma conjunta en-

<sup>96</sup> Gaceta del Congreso No. 500 de 2001. Pág. 23.

<sup>97</sup> La Ley 60 de 1993 utiliza el verbo recibir, en tanto que la Ley 715 de 2001 utiliza el verbo incorporar.

tre la Nación y los Departamentos, Distritos o Municipios, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley, tal como dispuso la Ley 715 de 2001:

*“Artículo 37. Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas **conjuntamente** por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley”.*

Sin embargo, en la medida en que las condiciones laborales no eran las mismas en la Nación y en las entidades territoriales, se evidenció que podían darse dos circunstancias<sup>98</sup>:

a) Que el personal se pudiera incorporar horizontalmente de la Nación al departamento o municipio en cargos iguales o equivalentes, esto es, con la misma nomenclatura, clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, *“caso en el cual la asunción de los costos no ofrece complicación alguna, como quiera que los mismos corrían en principio con cargo al situado fiscal y, posteriormente, al Sistema General de Participaciones”.*

b) Que la incorporación implicara una necesidad de homologación y nivelación salarial, en la medida que el cargo al que se incorporaba al funcionario proveniente de la Nación tuviera una remuneración mayor en la respectiva entidad territorial.

En relación con la segunda hipótesis surgió entonces la inquietud de hasta dónde debía garantizarse esta homologación y nivelación salarial, de modo que el personal administrativo nacional incorporado a las plantas territoriales no recibiera un trato diferenciado (inferior)<sup>99</sup> al de los servidores del departamento o municipio receptor que cumplieran las mismas funciones.

En el Concepto 1607 de 9 de diciembre de 2004 esta Sala respondió afirmativamente ese interrogante y advirtió que los principios de la función pública determinaban que el traspaso o entrega de tales servidores, *“debía producirse indefectiblemente mediante un proceso de incorporación, el que para su perfeccionamiento requería de la homologación de cargos (comparación de los requisitos, funciones, clasificación, etc. previstos en la planta de la Nación con los exigidos para desempeñar los de la planta de personal de los departamentos)”*<sup>100</sup>. Así, la Sala concluyó que:

<sup>98</sup> Concepto 1607 de 2004.

<sup>99</sup> En ningún caso el proceso de homologación podía afectar los beneficios que tuviera el personal trasladado antes de su incorporación a las plantas territoriales y, por ende no podía representar una desmejora de su situación anterior. Ver por ejemplo Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 21 de junio de 2016, expediente 2014-00136; igualmente de la Sección Segunda, Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127: *“(…) en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conlleve la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, siempre bajo el supuesto de la no desmejora en modo alguno de las condiciones laboral, salarial y prestacional (...)”* También Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Sección Segunda, Consejo de Estado, expediente 2006-01244: *“La Sala, observa que cuando existe una homologación de cargos y, como en este caso, se pasa a una planta de personal Municipal, que es la que corresponde a Ibagué (Tolima), deben respetarse, en todo caso, los derechos adquiridos del trabajador y, en especial, a no ser desmejorado en sus condiciones laborales”.*

<sup>100</sup> Sobre el particular, también dijo la Sala que de conformidad con el decreto 2400 de 1968 –art. 48–, la incorporación operaba por reorganización de dependencias o el traslado de funciones de una entidad a otra o por la supresión de cargos de carrera y, conforme a la Ley 443 de 1998, también por la supresión del empleo de carrera o por fusión o supresión de entidades o traslado de una entidad a otra o modificación de planta.

*“Es evidente, pues, que de la homologación y consiguiente incorporación, **se hiciera preciso nivelar salarios en los eventos en que no procediera la incorporación horizontal**, siempre bajo el supuesto de la no desmejora, en modo alguno, de las condiciones laboral, salarial y prestacional. En consecuencia, los departamentos atendiendo sus necesidades, debían reajustar la estructura orgánica y funcional para continuar prestando el servicio educativo, se repite, tomando en cuenta no solo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado -que podían diferir-, sino de manera primordial su clasificación, la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, para de esta manera determinar la remuneración (...)” (Se resalta).*

Con base en lo anterior, el Ministerio de Educación expidió la Directiva Ministerial 10 de 2005 y la “Guía para la homologación de cargos administrativos en las entidades territoriales (2006)”, documentos en los cuales se definió la homologación como *“un procedimiento, que mediante la comparación de funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal, **procura encontrar un equivalente a este en la planta de personal receptora de ese empleo** como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo”.*

Posteriormente, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que *“la incorporación ordenada por la Ley 60 de 1993 presupone una homologación en la denominación del cargo, funciones, responsabilidades **y en el régimen salarial y prestacional** de los incorporados del orden nacional con los departamentales”*<sup>101</sup>. Además, en otra providencia más reciente indicó en relación con el proceso de descentralización educativa que:

*“Dicha incorporación suponía, de un lado, que los departamentos tenían que reajustar atendiendo a sus necesidades, su estructura orgánica y funcional para cumplir con los fines del servicio educativo y, de otro, que **la inclusión en la nueva planta debía tomar en cuenta no solo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado, - que podían diferir-, sino de manera primordial su clasificación por la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, sino también de esta manera determinar la remuneración, lo cual debió cumplirse dentro del proceso de homologación (...)***

*“Siguiendo las pautas fijadas en las disposiciones legales, así como en la Directiva Ministerial mencionada, se generó en cabeza de los municipios **la obligación de ajustar sus plantas previo proceso de homologación y nivelación**, el cual generó costos adicionales en las plantas administrativas que otorgaron diferencias salariales a favor de algunos funcionarios y que fueron asumidas por la Nación”*<sup>102</sup>. (Se resalta).

Así, como pone de presente esta sentencia, uno de los principales efectos de la homologación del personal docente de la educación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, fue la eventual necesidad de hacer *nivelaciones salariales* que evitaran situacio-

<sup>101</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de diciembre de 2007. Rad. 85001-23-31-000-2003-01183-01(0283-07).

<sup>102</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127. En igual sentido Sentencia de la misma Sección Segunda del 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-1244, en la que además de dijo que en el proceso de homologación *“a no dudarlo no deben existir desmejoras salariales y/o prestacionales, en lo que se refiere a los factores legales”*

nes de desigualdad (desfavorables) entre los servidores provenientes del nivel nacional y aquellos que ya se encontraban vinculados al servicio del respectivo departamento o municipio, cumplieran en esencia las mismas funciones y tenían un trato salarial más favorable<sup>103</sup>.

Ahora bien, dado que la homologación podía implicar un mayor costo en relación con lo que en su momento reconocía la Nación a los funcionarios trasladados, el mismo Concepto 1607 de 2004 aclaró las fuentes presupuestales con las que se debía asumir ese mayor valor, tema para el cual fijó tres reglas básicas:

- a) Los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 serán pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones, si existe disponibilidad.
- b) Si se producen mayores costos y no hay disponibilidad, el pago de la homologación lo asumirá la Nación.
- c) Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico (reconociendo prestaciones o mayores beneficios por fuera del marco legal y por mera liberalidad), responderá con sus recursos propios. Sobre esta regla se hará una precisión más adelante en relación con su imposibilidad jurídica actual.

Como pone de presente la consulta, luego de lo conceptuado por la Sala, los planes nacionales de desarrollo y las leyes anuales de presupuesto acogieron las dos primeras reglas e incluyeron disposiciones específicas sobre las fuentes financieras para el pago de la homologación y las responsabilidades de verificación y validación del Ministerio de Educación, aspecto este que se analizará más adelante de manera separada.

### **3.2 Carácter reglado de homologación: no es un procedimiento discrecional y debe responder a parámetros técnicos, objetivos y verificables**

Como se puede advertir de lo ya señalado, la homologación del personal perteneciente al servicio educativo no operaba de pleno derecho *-ope legis-*, pues comportaba la necesidad de que las entidades territoriales revisaran cómo y en qué condiciones iban a incorporar a sus plantas de personal a los funcionarios administrativos de la educación que venían prestando sus servicios a la Nación.

Además, para la implementación de este proceso de incorporación, las administraciones locales debían tener en cuenta al menos los siguientes parámetros:

<sup>103</sup> Ver por ejemplo Directiva Presidencial No. 10 de 2005: "El Ministerio de Educación Nacional, ante las inquietudes formuladas con relación a la viabilidad de la homologación de los funcionarios administrativos del sector educativo y de la consecuente nivelación salarial que puede generar en las respectivas entidades territoriales de las cuales dependen tales funcionarios, encuentra pertinente efectuar las siguientes precisiones (...)".

- (i) La estructura y condiciones de su planta de personal (que era el referente para comparar la situación de los funcionarios que provenían de la Nación), la cual se encontraba sujeta, como hoy en día, al sistema de nomenclatura y clasificación de empleos fijado en la ley<sup>104</sup>;
- (ii) Los límites y procedimientos fijados por la Nación para la elaboración de las plantas de docentes y personal administrativo por parte de los municipios y distritos, según lo dispuesto en los artículos 5<sup>105</sup> y 40<sup>106</sup> de la Ley 715 de 2001;
- (iii) La necesidad de actuar de manera coordinada con la Nación (artículo 37<sup>107</sup> ibídem);
- (iv) En relación con cada uno de los funcionarios recibidos de la Nación, “realizar una equiparación, igualación u homologación verificando la nomenclatura del puesto, sus requisitos y condiciones laborales, las funciones y responsabilidades que tiene, entre otras variables”<sup>108</sup>; y
- (v) La necesidad de obtener la validación y certificación del proceso por parte del Ministerio de Educación Nacional, conforme a lo ordenado en las leyes anuales de presupuesto y los planes nacionales de desarrollo, tal como se analizará más adelante al estudiar lo referente a las fuentes de financiación del proceso de homologación.

Además, como advirtió esta Sala en el Concepto 1607 de 2004 antes citado, el proceso de homologación debía tener en cuenta los límites derivados de los artículos 150-19 (literales e y f) de la Constitución y 12 de la Ley 4 de 1992, según los cuales el Gobierno nacional tiene competencia para (i) fijar el régimen prestacional de los servidores públicos territoriales y, por tanto, “no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad”; y (ii) señalar el límite máximo salarial de estos mismos servidores<sup>109</sup>. Al respecto, dijo la Sala en esa oportunidad:

104 Inicialmente previsto en el Decreto Extraordinario 1569 de 1998, “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones”; y, posteriormente, por el Decreto 785 de 2005 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”.

105 “Artículo 5°. Competencias de la Nación en materia de educación. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la Nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural: (...)”

5.16. Determinar los criterios a los cuales deben sujetarse las plantas docente y administrativa de los planteles educativos y los parámetros de asignación de personal correspondientes a: alumnos por docente; alumnos por directivo; y alumnos por administrativo, entre otros, teniendo en cuenta las particularidades de cada región”.

106 Artículo 40. Competencias transitorias de la Nación. Durante el período de transición la Nación tendrá como competencias especiales:

40.1. Fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito, en forma tal que todos los distritos y municipios cuenten con una equitativa distribución de plantas de cargos docentes y administrativos de los planteles educativos, atendiendo las distintas tipologías.

40.2. Fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas.

40.3. Autorizar y trasladar las plazas excedentes a los municipios donde se requieran”.

107 “Artículo 37. Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley”.

108 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-01244.

109 Ley 4 de 1992. “Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional”.

*“Como corolario de lo anterior y para dar respuesta a la primera pregunta, considera la Sala que como consecuencia del proceso de descentralización del sector educativo las entidades territoriales debían y deben recibir el personal administrativo contemplado en las respectivas plantas de personal adoptadas conforme a la ley, mediante el procedimiento de la incorporación, previa homologación de los cargos.*

*Resalta la Sala que, sin detrimento de la autonomía de las entidades territoriales, para determinar la estructura de sus administraciones, para fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos (C.P. arts. 287, 300.7, 305.7, 313.6 y 315.7), el Constituyente atribuyó al Congreso en relación con el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de este orden (arts. 150-5, 150-19.e y 287 ibídem), entre otras facultades, la de determinarles un límite máximo salarial, dentro del cual las entidades pueden ejercer sus competencias según sea su realidad fiscal. Así, lo que persiguen la Carta y la ley marco es, de una parte, racionalizar el régimen salarial de las entidades territoriales, siempre en búsqueda de la eficiencia, de modo que sin llegar a la unificación del mismo, no exista desbordamiento en el desarrollo de las funciones a ellas atribuidas, las que como se percibe no son discrecionales y, de otra, contribuir al equilibrio de los salarios entre los servidores nacionales y los territoriales, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992: “El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional”<sup>110</sup>.*

Conforme a lo anterior, la Sala destaca que la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 debía sujetarse a las reglas y parámetros establecidos en (i) esas leyes y en sus decretos reglamentarios; (ii) los planes de desarrollo y las leyes anuales de presupuesto; (iii) las normas que regían la conformación de las plantas de personal y la estructura de los empleos públicos, y (iv) en las demás directrices y actos administrativos generales que se expidieron en su momento para regular la materia. De este modo, se trató de un procedimiento reglado -en ningún caso discrecional o guiado por la mera liberalidad-, en el que tanto la Nación como las entidades territoriales tenían claramente señaladas sus competencias y el alcance de las mismas.

En este contexto, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 3020 de 2002<sup>111</sup> exigía que la adopción de la planta de personal de las entidades territoriales se hiciera mediante un acto administrativo basado en un estudio técnico que siguiera los criterios fijados en la Ley 715 de 2001 y en ese mismo decreto:

*“Artículo 2º. Planta de personal. **Mediante acto administrativo**, la entidad territorial adoptará la planta de personal, **previo estudio técnico**, en el que determinen los cargos de directivos docentes, docentes por niveles o ciclos, y administrativos, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 715 de 2001 y en este decreto”.*

110 Mediante Sentencia C-315/95, se declaró exequible el art. 12 de la ley 4/92, por lo que respecta a los empleados públicos territoriales, en la cual precisó la Corte: “La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia - los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional -, garantiza que el anotado límite no sea en sí mismo irracional y desproporcionado”.

111 *“Por el cual se establecen los criterios y procedimientos para organizar las plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal que prestan las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”.*

En igual sentido, la Directiva Presidencial 10 de 2005<sup>112</sup> estableció que el proceso de homologación debía estar sustentado en un estudio técnico que diera cuenta de la necesidad, los parámetros utilizados y la corrección de la homologación:

### **“1. Elaboración de un estudio técnico**

*La homologación y nivelación salarial del personal administrativo debe basarse en un estudio técnico cuyo producto es una tabla de homologación de las plantas de cargos con las nivelaciones salariales que de ella se desprendan – en los casos en que el salario del cargo origen sea inferior a aquel del cargo destino-. Dicho estudio debe contener específicamente lo siguiente:*

*1.1 Un análisis comparativo y detallado, cargo por cargo, de la planta de personal administrativo transferida, con la planta de personal administrativo de la entidad territorial receptora, en el año que se produjo la incorporación y en los años posteriores para determinar la existencia o no de diferencias, por razón de denominación, código y grado, y su incidencia en la asignación salarial. Como resultado de este estudio debe elaborarse una tabla de homologación de planta de cargos. Dicha tabla incluirá la clasificación (código y grado), funciones, requisitos y asignación salarial para todos los cargos que incluyan las dos plantas de personal, indicando claramente el cargo homologado.*

*1.2 La identificación de las diferencias salariales y prestacionales que persisten actualmente por no haber adelantado el proceso de homologación y nivelación salarial con la identificación por cargo, de la asignación básica y demás costos inherentes a la nómina, debidamente desagregado”.*

La importancia de este estudio técnico ha sido puesta de presente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en relación con el mismo ha señalado lo siguiente:

*“Es así como, los artículos 34 y 38 de la Ley 715, establecieron expresamente el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, antes Situado Fiscal, el cual se debía llevar a cabo a más tardar el 21 de diciembre de 2003, para ello, **previo estudio técnico se tenían que fijar las plantas de personal docente, directivo docente y administrativos de los planteles educativos, y luego proceder a la provisión de dichos cargos en la plantas de personal adoptadas por las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, incorporándolos a las mismas.***

*Obsérvese como, la municipalización de la educación igualmente se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo del servicio educativo, generó costos **derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a las funciones que debían cumplir, los requisitos exigidos para el cargo conforme a las necesidades del servicio, y a los elementos estructurales del empleo, amparados en criterios de igualdad y equivalencia, frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades municipales***<sup>113</sup>. (Se resalta).

112 Igualmente la “Guía para la homologación de cargos administrativos en las entidades territoriales (2006)” del Ministerio de Educación.

113 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127.



De este modo, la incorporación del personal administrativo de la educación a las plantas territoriales debió basarse en situaciones objetivas y verificables a partir de las cuales se pudiera determinar la corrección de ese procedimiento (tanto normativa como técnica) y las eventuales necesidades de homologación y nivelación salarial.

Cabe aclarar en todo caso, que el estudio técnico no era suficientemente por sí mismo para generar la incorporación y la homologación de los funcionarios trasladados a las plantas territoriales, pues era necesario que cada entidad territorial expidiera:

- (i) un acto administrativo general de incorporación y, en los casos en que fuera necesario, de homologación y nivelación salarial; y
- (ii) los actos administrativos de carácter particular y concreto que definieran una a una la situación de cada persona, especificara el cargo al cual era homologado cada funcionario y determinara **“la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico”<sup>114</sup>**.

De este modo, es importante tener en cuenta que el *estudio técnico* reviste importancia, no como acto administrativo definitivo (como pareciera entenderlo el organismo consultante), sino como antecedente y elemento esencial de la motivación de los actos administrativos tanto generales como particulares que debieron expedir las entidades territoriales para hacer la incorporación y, si era del caso, la nivelación salarial de los funcionarios administrativos de la educación recibidos de la Nación. En este sentido, frente al escenario de estudios técnicos deficientes (pregunta 1 de la consulta), lo que se afectaría no es la “legalidad” de dichos estudios, sino la de los actos administrativos que se expidieron con base en ellos.

Debe advertirse de otra parte, que la homologación produce efectos en el tiempo (**a futuro**), en la medida en que de la forma en que se haya hecho la incorporación del personal trasladado a las plantas territoriales, se deriva el régimen de remuneración actual de dichos servidores. Por ende, una homologación de cargos indebidamente realizada, si así se verifica, deja expuesta a las entidades territoriales a permanentes demandas de los funcionarios vinculados a las plantas territoriales, en tanto y cuanto ese error pueda afectar negativamente su remuneración pasada, actual y futura.

#### **4. La posibilidad de revisar la homologación hecha por los departamentos y municipios en virtud del proceso de descentralización de la educación: procede si se verifica que no se hizo correctamente y está afectando los derechos constitucionales y legales de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales**

Ahora bien, el organismo consultante pregunta a la Sala si es posible revisar la homologación hecha por los departamentos y municipios en virtud del proceso de descentralización de la educación ordenado en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, en la medida que

114 Directiva Presidencial 10 de 2005.

se pueda determinar que “no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto” (pregunta 1).

Para responder este interrogante cabe decir en primer lugar que el vocablo homologar significa “equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas”<sup>115</sup>, lo cual en el caso particular analizado, tenía una doble perspectiva: como deber y como derecho.

En efecto, desde el punto de vista del Estado, homologar significaba, como ya se vio, *el deber* que tenían las entidades territoriales de poner en condiciones de igualdad con sus servidores, a los funcionarios administrativos del servicio educativo provenientes de la Nación y que se incorporaban a sus propias plantas de personal en virtud de la descentralización prevista en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001. En particular, la homologación obligaba a constatar las eventuales necesidades de *nivelación salarial* para que todos los servidores administrativos de la educación, tanto los que ya estaban vinculados a la entidad territorial como los que se incorporaban a sus plantas de personal en virtud de la descentralización educativa, gozaran de las mismas condiciones salariales y prestacionales.

Por su parte, desde el punto de vista de los funcionarios trasladados, la homologación y, particularmente, la nivelación salarial derivada de ella, son una expresión del derecho a la igualdad (artículo 13 C. P.) y de las garantías laborales mínimas establecidas en el artículo 53 *ibídem*. Como lo ha puesto de presente la jurisprudencia, los funcionarios trasladados tenían derecho a que al momento de su incorporación a las plantas territoriales se verificara que no quedarían en una situación laboral desfavorable en relación con las de sus pares en el respectivo departamento o municipio<sup>116</sup>.

Desde esta segunda perspectiva (la del funcionario trasladado), la homologación se encuentra directamente relacionada con el derecho a la igualdad material y a la aplicación del principio “*a trabajo igual, salario igual*”, respecto del cual la Corte Constitucional en sentencia de unificación jurisprudencial señaló lo siguiente:

*“El artículo 53 de la Constitución señala perentoriamente principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando dicte las normas integrantes del Estatuto del Trabajo y uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, **aspecto este último que se expresa, como lo ha venido sosteniendo la Corte, en términos de igualdad: “a trabajo igual, salario igual”**. La norma constitucional, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad, inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas. Toda*

115 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, en: [www.rae.es](http://www.rae.es).

116 Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127, que al referirse a la homologación señaló que debía orientarse por “*criterios de igualdad y equivalencia, frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades municipales*”. Igualmente, de la misma corporación y sección, la Sentencia del 11 de noviembre de 2010 (expediente 2006-1244). Asimismo puede verse Sentencia de Tutela de la Corte Suprema de Justicia del 29 de julio de 2008, expediente 21805: “*Para la Corte resulta discriminatorio que a otros empleados del Departamento, tal cual da cuenta la documentación de folios 50 y 51 del cuaderno de tutela, se les haya reconocido, la homologación y nivelación salarial, como lo hizo saber la Secretaría de Educación Departamental, mientras que al actor, a pesar de cumplir con los requisitos para obtener estos beneficios, aún no le han sido reconocidos, ni han sido satisfechas sus pretensiones*”.

*distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una*<sup>117</sup>. (Se subraya).

De manera que la homologación no podía ser un asunto puramente formal o de asignación discrecional por las entidades territoriales. Materialmente debió asegurar que los funcionarios recibidos de la Nación e incorporados a sus plantas de personal recibieran el mismo trato de las personas que ya se encontraban vinculadas a ellas y desempeñaban funciones iguales o similares.

Por tanto, si la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 se hizo con base en *estudios técnicos deficientes* (como dice el organismo consultante) y esa irregularidad actualmente tiene efectos en los derechos constitucionales y legales de las personas trasladadas de la Nación a las entidades territoriales, la Sala considera que la respuesta al interrogante planteado es necesariamente afirmativa: la homologación podría ser revisada y ajustada a los parámetros constitucionales y legales que la regulan, con el fin de garantizar no solo la legalidad de las decisiones adoptadas en su momento -y que siguen produciendo efectos-, sino, especialmente, los derechos de las personas afectadas por esa anomalía.

No tendría cabida dentro del Estado Social de Derecho, dentro de cuyos fines está la protección de los derechos de las personas por parte del Estado (artículo 2º C.P), la sujeción de las autoridades al principio de legalidad (artículos 4º, 121 y 122 *ibidem*) y la observancia de las garantías mínimas de los trabajadores (artículo 53 *ibidem*), que la Administración mantenga situaciones irregulares que afectan derechos constitucionalmente protegidos de sus servidores, más aún cuando las circunstancias que causan dicha violación tienen origen en sus propias actuaciones.

La Sala recuerda que conforme al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las autoridades administrativas tienen el deber de proteger los derechos de las personas en sede administrativa y de evitar al máximo la judicialización de aquellos asuntos que puede (debe) solucionar directamente a través de las potestades que le confieren la Constitución y la ley. Así, el artículo 3º de dicho estatuto señala, entre otros aspectos, que las autoridades deberán (i) dar el mismo trato a las personas que se encuentren en los mismos supuestos (principio de igualdad, numeral 3); actuar de buena fe (numeral 4); asumir las consecuencias de sus decisiones (principio de responsabilidad, numeral 7); y buscar que los procedimientos logren su finalidad y se

117 Corte Constitucional, Sentencia SU-519 de 1997. En la Sentencia T-102 de 1995 la Corte Constitucional ya había señalado: “ (...) la igualdad salarial en las condiciones anotadas tiene rango constitucional y no simplemente legal, puesto que la igualdad de oportunidades para los trabajadores es un derecho fundamental sustentado en los artículos 1º, 13, 25 y 53 de la C. P. Y, en otro fallo reciente se dijo: “Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Esto es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual”. Asimismo, en Sentencia T-018 de 1999, la Corte dijo que “con base en el derecho fundamental contenido en el artículo 13 de la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de “a trabajo igual, salario igual”. También pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-466 de 1996 y T-394 de 1998. Y de forma más reciente, Sentencias C-313 de 2003, T-833 de 2012 y T-157 de 2014.

remuevan de oficio los obstáculos puramente formales que impidan la efectividad de los derechos (numeral 11).

Por tanto, en la medida en que **se verifique** que la homologación analizada no fue realizada en debida forma (según indica la consulta) y que como consecuencia de esa circunstancia los funcionarios incorporados a las plantas territoriales se encuentran indebidamente clasificados y remunerados, existirá una situación irregular que las entidades territoriales deberían corregir para hacer cesar la violación de los derechos vulnerados, garantizar la efectividad del principio de legalidad y evitar reclamaciones y demandas futuras que congestionen a las propias entidades y a la administración de justicia.

### **5. Forma de corregir la homologación inicial. Exige verificación plena de la irregularidad y de la afectación de los derechos de las personas sobre la cual recayó**

Según se indicó, la incorporación de los funcionarios administrativos de la educación otrora nacionales, a las plantas territoriales, debió hacerse con fundamento en la Constitución y la ley, mediante actos administrativos generales y particulares que establecieran la forma en que se haría la homologación de los cargos y las eventuales necesidades de nivelación salarial. Como se explicó, dichos actos administrativos debían fundamentarse en estudios técnicos que garantizaran que el proceso de homologación correspondiera a situaciones objetivas y verificables ajustadas a la Constitución y la ley.

Por tanto, si ahora se detecta que los estudios técnicos realizados en su momento por las entidades territoriales tienen deficiencias sustanciales o de fondo que afectan la motivación y legalidad de los actos administrativos de homologación y nivelación salarial expedidos en su momento -y con ello los derechos de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales-, lo que correspondería para corregir esa situación sería:

- (i) Si las deficiencias afectan *la generalidad* del proceso de incorporación y homologación realizado por la respectiva entidad territorial, se deben modificar o ajustar tanto los actos administrativos generales como los particulares que puedan estar afectados con las irregularidades detectadas.
- (ii) Si las deficiencias recaen exclusivamente *sobre casos específicos y aislados*, solamente será necesario corregir los actos particulares y concretos que puedan estar causando la violación de los derechos de las personas afectadas.

Cabe señalar que los actos generales, dado su carácter impersonal y abstracto, pueden ser derogados o modificados en cualquier momento por la Administración, de la misma forma en que el Congreso de la República puede hacerlo en relación con la ley (artículo 150-1 C. P.)<sup>118</sup>. Lo importante será que el nuevo acto, al igual que debió observarse con el derogado o modificado, se ajuste a la Constitución y la ley.

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2014, expediente 1998-01093: "Al margen de lo anterior, para los fines que interesan al presente proceso, importa destacar que la diferencia entre la revocatoria de los actos de carácter general (derogatoria) y los de carácter particular estriba en que, en relación con los primeros, tal decisión se puede adoptar en cualquier momento (siempre que no haya agotado sus efectos), con la expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin validez, o que modifique su contenido o lo reemplace en su

Respecto de los actos particulares y concretos, el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que “*deberán*” revocarse, cuando violen de manera manifiesta la Constitución Política o la ley (numeral 1), o “*cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona*” (numeral 3º). Esa revocatoria podría consistir, como en el caso analizado, en la corrección o modificación parcial o total del acto inicial. Además, en la medida que la revocatoria no se haga para desmejorar la situación de la persona afectada sino para corregir lo desfavorable de un acto anterior, no requerirá agotar el trámite de autorización previa señalado en el artículo 97 del mismo estatuto.

Ahora bien, en cualquiera de estas dos hipótesis es indispensable que los nuevos actos administrativos (generales y particulares) estén debidamente motivados en las razones jurídicas y de hecho que den cuenta de la necesidad constitucional y legal de revisar la homologación inicial. En particular, para el caso analizado, la modificación de los actos administrativos iniciales exigiría que la revisión de los estudios técnicos originales o la realización de unos nuevos, den plena certeza de:

- (i) Las deficiencias de los estudios técnicos iniciales y, por ende, de la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos con base en ellos;
- (ii) La existencia de situaciones en curso que están siendo afectadas por la homologación irregular anterior;
- (iii) La existencia de un nuevo estudio técnico debidamente revisado y verificado, de manera que los actos administrativos modificatorios se ajusten a la Constitución y la ley y se garantice que no será necesario hacer nuevas revisiones de la homologación.

La Sala considera que sin nuevos estudios técnicos que arrojen este nivel de certeza y justifiquen realmente la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos en su momento, la revisión de la homologación inicial no es posible, pues en cualquier caso la Nación y las entidades territoriales se encuentran sujetas a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal.

A este respecto cabe recordar que el Consejo de Estado ha negado en sede judicial pretensiones de revisión de la homologación inicial realizada por las entidades territoriales si no se demuestra por el demandante, de forma clara y concreta, la irregularidad que se cometió en el proceso de integración de su cargo a la planta territorial<sup>119</sup>. Por tanto, la Sala debe insistir en que la corrección de los actos iniciales solo es viable en cuanto esté verificada su irregularidad y en la medida que sea necesaria para salvaguardar los derechos de las personas afectadas.

---

totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, pues, debido a su esencia impersonal y abstracta, no consolida una situación jurídica particular y concreta y, por lo mismo, no requiere consentimiento alguno para eliminarlo del universo jurídico”. Igualmente, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia del 31 de mayo de 2012, expediente 2004-01511: “De otro lado, está claro que para efectos de revocar los actos de contenido general, basta que la Administración decida revocarlos, dada su esencia impersonal y abstracta que no consolida una situación jurídica particular”.

119 Sección Segunda, Sentencia del 17 de agosto de 2011. Radicación número 2002-00541.

Además, la Sala advierte que ni la Ley 60 de 1993 ni la Ley 715 de 2001 se refieren a una pluralidad o sucesión de homologaciones derivadas de la descentralización de la educación ordenada en esas normas. En principio, de cada una de tales disposiciones solo se deriva una sola homologación que las autoridades involucradas debían hacer conforme a derecho, de modo que la posibilidad de modificarla o revisarla no constituiría una facultad discrecional, inconclusa o temporalmente indeterminada.

Por tanto se debe entender que la homologación inicial (i) es definitiva; y (ii) que solo se podría modificar *excepcionalmente* para garantizar los derechos de los servidores incorporados a las plantas territoriales, cuando exista evidencia técnica de que no fue realizada adecuadamente. Además, (iii) una vez hecha la revisión de la homologación inicial y corregidos los defectos técnicos de los que podía adolecer, no deberían existir razones para volver nuevamente sobre la misma.

Además, como advirtió la Sala en el Concepto 1607 de 2004, la homologación que se realice contrariando los límites y competencias legales en materia salarial y prestacional, genera la ilegalidad de las respectivas decisiones y responsabilidad disciplinaria y fiscal.

## **6. Fuentes presupuestales para la eventual revisión del proceso de homologación y competencia-deber del Ministerio de Educación Nacional de verificar las homologaciones que soliciten las entidades territoriales**

### *7.1 Las fuentes presupuestales para una eventual revisión de la homologación ordenada en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001*

Según se indicó, en el Concepto 1607 de 2004 la Sala señaló que los costos de la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación debían ser cubiertos con los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) y, subsidiariamente, con recursos de la Nación “*pues, según el artículo 356 de la Carta, no se pueden descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas*”.

La Sala explicó que la homologación derivada del proceso de descentralización de la educación es un gasto inherente a este servicio y como tal debe ser cubierto conforme a las reglas de financiación establecidas para ese efecto en la Constitución y la ley. Recordó, como ahora se reitera, que el artículo 356 de la Constitución Política creó el SGP para proveer los recursos necesarios para la prestación de los servicios que la ley le asigne a la Nación y las entidades territoriales así:

*“Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de estos **y proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.** (...)*

*Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre<sup>120</sup>. (Se resalta).*

Además, la Sala tuvo en cuenta que para fijar el monto inicial del Sistema General de Participaciones, el parágrafo transitorio 1° del artículo 357 de la Constitución Política ordenó tomar en consideración, entre otros aspectos, los recursos que mediante situado fiscal se trasladaban a las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, así como los mayores costos que el proceso de descentralización había implicado. Así, con base en lo anterior, la Sala concluyó que:

*“2.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.*

*3.- En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación (...)<sup>121</sup>.*

Ahora bien, como pone de presente el organismo consultante, después del concepto emitido por esta Sala en el año 2004, las leyes anuales de presupuesto y los planes nacionales de desarrollo han incluido de manera expresa las reglas para la financiación del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del servicio educativo, así:

*a) En las leyes anuales de presupuesto*

Inicialmente, el artículo 64 de la Ley 998 de 2005, por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2006 estableció lo siguiente:

**“Artículo 64.** *Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 36 y 41 de la Ley 715 de 2001 y 80 de la Ley 812 de 2003, se pagarán contra las apropiaciones y exce-*

120 En concordancia con el artículo 1° de la Ley 715 de 2001 que dispone: **“Artículo 1°.** *Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley”. Y con el “Artículo 15. Destinación.* *Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades: 15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales”.*

121 Concepto 1607 de 2004.

dentados de los recursos del Sistema General de Participaciones, los saldos que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la Ley y **las deudas por concepto de las homologaciones de cargos administrativos del sector**. El Ministerio de Educación Nacional **revisará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará el monto por reconocer**. El plazo para firmar los acuerdos de pago del saneamiento de que habla el artículo 80 de la Ley 812 de 2003 se ampliarán hasta el 2006”.<sup>122</sup> (Se resalta).

Salvo algunos cambios menores (no relevantes para el asunto analizado), la disposición anteriormente transcrita se repitió en los Presupuestos de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones de los años 2007 (artículo 69 de la Ley 1110 de 2006); 2008 (artículo 65 de la Ley 1169 de 2007), 2009 (artículo 64 de la Ley 1260 de 2008); 2010 (artículo 59 de la Ley 1365 de 2009); 2011 (artículo 58 de la Ley 1420 de 2010); y, finalmente, 2012 (artículo 80 de la Ley 1485 de 2011). En esta última ley, la redacción se modificó y la norma quedó así:

**“Artículo 80.** Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participación, se pagarán las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativos ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de las Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, **homologaciones de cargos administrativos del sector, primas y otros derechos laborales**, deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal. **El Gobierno nacional a través del Ministerio de Educación Nacional validará las liquidaciones presentadas por las Entidades Territoriales y certificará los montos a reconocer y pagar.**

Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, **la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional**, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.

Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las Entidades Territoriales y la Nación”. (Se resalta).

Como se observa, las normas anuales de presupuesto expedidas hasta el 2012 han sido claras en dos aspectos particularmente relevantes para esta consulta: (i) establecer que

122 Este plazo fue prorrogándose anualmente en las subsiguientes leyes anuales de presupuesto. De otra parte, hasta el presupuesto de 2004 solamente se incluía un artículo genérico sobre las deudas con los docentes y administrativos del servicio educativo así: **“Artículo 55.** En cumplimiento del artículo 80 de la Ley 812 de 2003, y en caso de no ser posible el cruce de cuentas, el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional suscribirán con las respectivas entidades territoriales los correspondientes acuerdos de pago para el saneamiento de las deudas que estas últimas tienen con los docentes y administrativos por concepto de salarios y prestaciones que se financiaban con los recursos del situado fiscal y que estuvieren vigentes a 31 de diciembre de 2001, los cuales se atenderán con cargo al servicio de la deuda”. (Ley 921 de 2004, por la cual se decreta el Presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2005”.



las deudas surgidas de la homologación del personal administrativo de la educación, en la medida en que forman parte de los costos propios de este servicio (la educación), deben cubrirse con los recursos del Sistema General de Participaciones y, en su defecto, con recursos del Presupuesto General de la Nación; y (ii) atribuir al Ministerio de Educación Nacional la función de “revisar”, “validar la liquidación” y “certificar el monto a reconocer” por ese concepto.

Si bien las normas anuales de presupuesto más recientes no se refieren de manera expresa a estas materias (quizá en el entendido que los efectos de la descentralización ya tenían que haberse extinguido), la Sala considera que las reglas analizadas no podrían pasarse por alto al momento de hacer una revisión de la homologación inicial (en tanto formarían parte de ese mismo proceso), más aún cuando, como pasa a revisarse, esas reglas se han incorporado y mantenido en los planes nacionales de desarrollo.

*b) En los planes nacionales de desarrollo*

Del mismo modo en que las leyes anuales de presupuesto previeron la forma de reconocer y pagar los gastos de la homologación del personal administrativo de la educación, los planes nacionales de desarrollo posteriores al Concepto 1607 de 2004 han incluido reglas específicas para regular las deudas vigentes con el personal docente y administrativo de la educación.

Inicialmente, el artículo 37 de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010) estableció que las deudas con el sector educativo financiadas con el SGP podían ser pagadas por las entidades territoriales siempre que estuvieran soportadas y fueran debidamente certificadas por el Ministerio de Educación Nacional:

**“Artículo 37. Saneamiento de deudas. Las deudas vigentes con personal docente y administrativo, por concepto de salarios y prestaciones sociales financiados con recursos del situado fiscal y/o del Sistema General de Participaciones, podrán ser pagadas por las Entidades Territoriales, siempre y cuando estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional.**

*La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, subsidiariamente, concurrirá con recursos adicionales para cubrir el monto que resulte del cruce de cuentas entre las deudas de las entidades territoriales y la Nación. En caso de no ser posible efectuar el cruce de cuentas, o, si después de efectuado, resulta un saldo a favor de la entidad territorial, el Gobierno nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas, en las dos vigencias fiscales subsiguientes.*

*Autorícese a la Nación para efectuar cruce de cuentas y para celebrar las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo<sup>123</sup>.*

123 Antes, el artículo 80 de la Ley 812 de 2003, “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, establecía de forma genérica en relación con las deudas de la educación, lo siguiente: **“Artículo 80. Saneamiento de deudas.** Para que las entidades territoriales puedan cancelar las deudas con los docentes y administrativos por concepto de salarios y prestaciones, que se financiaban con los recursos del situado fiscal, que estuvieren vigentes al 31 de diciembre de 2001 y que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido canceladas y estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, la Nación a través del

Esta disposición se reproduce en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), el cual, adicionalmente se refiere de manera expresa a la financiación de la homologación del personal administrativo de la educación y a la función de **validación y certificación** de dicho proceso por parte del Ministerio de Educación Nacional:

**“Artículo 148. Saneamiento de deudas.** Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagarán **las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley**, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, **homologaciones de cargos administrativos del sector**, primas y otros derechos laborales, **deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal.**

El Gobierno nacional a través del **Ministerio de Educación Nacional validará** las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales **y certificará** los montos a reconocer y pagar.

Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, **la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación** para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.

Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las entidades territoriales y la Nación.

De esta disposición, concordante a su vez con lo establecido en las leyes anuales de presupuesto anteriormente revisadas, se derivan con claridad las siguientes reglas aplicables a la presente consulta:

- (i) Las deudas del servicio educativo, incluyendo los costos de la homologación del personal administrativo, deben ser cubiertas con recursos del SGP y, en su defecto, del Presupuesto General de la Nación (en este caso previa suscripción de acuerdos de pago entre la Nación y las entidades territoriales);
- (ii) La anterior cobertura presupuestal se encuentra sujeta a que las respectivas deudas tengan **“amparo constitucional y legal”**, lo cual es concordante con lo señalado por la

---

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, concurrirá con recursos adicionales subsidiariamente con lo que resulte del cruce de cuentas con deudas que las entidades territoriales tengan con la Nación. En caso de no ser posible el cruce de cuentas, o si después de efectuado, resulta un saldo en favor de la entidad territorial, el Gobierno Nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas dentro de las vigencias fiscales de 2003 y 2004.

Las liquidaciones pendientes de las transferencias territoriales de que trata el artículo 100 de la Ley 715 de 2001, se atenderán con las disponibilidades dentro de las vigencias de 2003 al 2005.

Autorícese a la Nación para efectuar el cruce de cuentas y las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo”.

Sala en el Concepto 1607 de 2004, en el sentido de que aquellas homologaciones que no tuvieran cobertura constitucional o legal no podían ser imputadas al SGP ni a la Nación<sup>124</sup>; y

- (iii) El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, tiene la función de **validar las liquidaciones** y **certificar los montos a reconocer y pagar** por las deudas de la educación.

Es importante tener en cuenta que la disposición analizada está vigente, en la medida en que el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018) estableció que, con el fin de dar continuidad a los planes, programas y proyectos de mediano y largo plazo, “*los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007 y 1450 de 2011 no derogados expresamente en el inciso anterior o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior*”. Así, como quiera que el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 no aparece dentro de aquellas disposiciones expresamente derogadas por el primer inciso del artículo 267 de la Ley 1753 de 2015<sup>125</sup>, ni resulta contrario a lo dispuesto en ella, ha de concluirse que su vigencia fue prorrogada para el periodo 2014-2018 y que, por lo mismo, es aplicable para responder los interrogantes de la presente consulta.

En consecuencia, si lo que se plantea en la consulta es la necesidad de corregir la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 por haberse basado en estudios técnicos deficientes y afectar negativamente los derechos a la nivelación salarial de los funcionarios administrativos de la educación, la Sala considera que la solución para determinar las fuentes de su financiación es la misma señalada en el Concepto 1607 de 2004, es decir, en las leyes anuales de presupuesto expedidas en su momento para regular la materia y, actualmente, en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 (prorrogado por la Ley 1753 de 2015), a saber: en la medida que la homologación (y su eventual revisión) es un gasto inherente al servicio educativo y al proceso de descentralización de la educación, su costo debe ser cubierto con recursos del SPG y, en su defecto, del Presupuesto General de la Nación.

Así, en la medida en que la homologación original sea *revisada* para corregir sus defectos y ajustarla al marco jurídico vigente, dicha revisión quedaría integrada a esa homologación inicial, y, por ende, no podría recibir una solución presupuestal diferente.

124 “Aquellas homologaciones que cayeron en el campo de la liberalidad, que se apartaron de los criterios de igualdad –“a trabajo igual, igual salario”– o de equivalencia que debían presidir las incorporaciones y representan un mayor valor, necesariamente deberían estar a cargo de la respectiva entidad territorial, pues si el deber legal de recibir el personal se traducía en una facultad reglada para confrontar los requisitos, funciones, etc. de los empleos, las consecuencias presupuestales producto de homologaciones desproporcionadas y por tanto alejadas de la equivalencia, debieron correr, en principio, por cuenta de la entidad territorial respectiva que tomó la decisión. La consecuencia del desconocimiento de la actividad reglada comprometía los recursos propios de la entidad, como la responsabilidad personal de los funcionarios que actuaron en forma eventualmente irregular (...).”

125 “**Artículo 267. Vigencias y derogatorias.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Se deroga expresamente el artículo 121 de la Ley 812 de 2003; los artículos 21, 120 y 121 de la Ley 1151 de 2007; los artículos 9°, 17, 31, 53, 54, 55, 58, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 89, 93, 94, 95, 97, 109, 117, 119, 124, 128, 129, 150, 167, 172, 176, 182, 185, 186, 189, 199, 202, 205, 209, 217, 225, 226, el parágrafo del artículo 91, y parágrafos 1° y 2° del artículo 261 de la Ley 1450 de 2011.

Con el fin de dar continuidad a los planes, programas y proyectos de mediano y largo plazo, los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007 y 1450 de 2011 no derogados expresamente en el inciso anterior o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior”.

Finalmente, no sobra reiterar que las entidades territoriales no podrían intentar, ni la Nación validar, una revisión de la homologación inicial en contravía de la Constitución y la ley o con base en elementos salariales o prestacionales reconocidos al margen de sus competencias normativas. Cabe recordar que en relación con el ejercicio de funciones públicas no es viable *la libre disposición de los recursos públicos*, sino la plena observancia de las normas de competencia y de los principios de legalidad y sostenibilidad fiscal.

En este sentido, cuando la Sala señaló en su concepto 1607 de 2004 que “*si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico (reconociendo prestaciones o mayores beneficios por fuera del marco legal y por mera liberalidad), responderá con sus recursos propios*”. Lo anterior obedeció a las situaciones de hecho que se expusieron en ese momento por el organismo consultante y a la inaplicación que constantemente se daba por las entidades territoriales de las reglas constitucionales y legales sobre fijación de salarios y prestaciones sociales. Es así que en el mismo concepto la Sala advirtió que el reconocimiento de factores salariales o prestacionales por fuera del ordenamiento jurídico era ilegal y obligaba a las propias entidades territoriales a “*intentar las acciones disciplinarias, punitivas o de lesividad pertinentes, en procura del restablecimiento del ordenamiento*”.

En consecuencia, siendo absolutamente claro hoy día que las entidades territoriales no pueden crear prestaciones *motu proprio* y que en materia salarial están sujetas a los límites fijados por el Gobierno nacional (*supra* 4.2)<sup>126</sup>, debe aclararse que la opción dada en el Concepto 1607 de 2004 -que las entidades territoriales asuman con sus ingresos los costos de homologaciones contrarias a la ley-, no existe en este momento. De modo que las entidades territoriales no podrían intentar revisiones o nuevas homologaciones por fuera del marco constitucional y legal, ni siquiera con sus propios recursos.

### *7.2 Competencias del Ministerio de Educación Nacional para validar y certificar los gastos que se pudieran generar como consecuencia de una eventual revisión de la homologación*

Como se dijo anteriormente, el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 anteriormente analizado, en concordancia con lo previsto en su momento en las leyes anuales de presupuesto también revisadas, le asigna al Ministerio de Educación Nacional la función expresa de *validar* (“dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo válido”<sup>127</sup>) y *certificar* (“asegurar, afirmar, dar por cierto algo; dicho de una autoridad competente: hacer constar por escrito una realidad de hecho”<sup>128</sup>), los montos que las entidades territoriales le imputan al Sistema General de Participaciones por concepto del servicio educativo, inclusive por deudas derivadas de la homologación.

Cabe recordar además, como se señaló inicialmente, que sin perjuicio de las competencias propias de los municipios y departamentos y de su autonomía como entidades territoriales, la Ley 715 de 2001 le asignó a la Nación, entre otras, las funciones de: (i) determinar los criterios a los cuales deben sujetarse las plantas docente y administrativa

126 Sentencia C-402 de 2013.

127 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, en: [www.rae.es](http://www.rae.es).

128 Ibidem.

de los planteles educativos y los parámetros de asignación de personal (artículo 5.16); (ii) fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito (artículo 40.1); y (iii) fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas (artículo 40.2). Además la Nación tiene la función de prestar asistencia técnica y administrativa a las entidades territoriales, cuando a ello haya lugar (artículo 5.10).

En este contexto, las funciones de validación de las liquidaciones y de certificación de los montos a pagar, que el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 le asigna expresamente al Ministerio de Educación Nacional, no son puramente formales, sino que comportan para este organismo el deber de examinar y verificar detenidamente que las liquidaciones y los montos de los servicios de la educación, incluidos los de la homologación, han sido calculados correctamente y se ajustan al marco constitucional y legal vigente.

Para la Sala es claro que tanto las normas analizadas como recientes reformas constitucionales han tenido una preocupación especial por la legalidad del gasto público, derivada de la escasez de los recursos existentes para la satisfacción de las necesidades públicas. En ese sentido, el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011 señala que *“la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”*. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en términos generales la sostenibilidad fiscal es *“la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica. Específicamente, se ha señalado que este criterio tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público”*<sup>129</sup>. De este modo *“es un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado”*.

Por ende la Sala resalta que, sin perjuicio de la autonomía de las entidades territoriales, es legítima la existencia de instancias de coordinación y validación orientadas a garantizar la legalidad del gasto, especialmente en áreas altamente sensibles desde el punto de vista constitucional. Es claro que la autonomía que la Constitución concede a las entidades territoriales no implica un distanciamiento en el ejercicio de las competencias asignadas a los entes centralizados y descentralizados, sino que, por el contrario, supone la existencia de una comunicación permanente y de un diálogo constante entre los distintos niveles, bajo la guía de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, tal como lo prevén los artículos 113 y 288 de la Constitución Política y 6° de la Ley 489 de 1998<sup>130</sup>.

129 Sentencia C-753 de 2013. Ver igualmente Sentencia C-288 de 2012.

130 Sentencia C-983 de 2005: *“En este respecto, el principio de concurrencia desempeña un papel fundamental. La Nación no puede dejar de estar pendiente de la suerte de las Entidades Territoriales y de apoyar a aquellas que lo necesitan más. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en sucesivas ocasiones. En la sentencia C-1187 de 2000 subrayó la Corte la necesidad de la intervención legislativa en los casos en que las entidades territoriales no estuvieran en capacidad de prestar los servicios a su cargo de la manera más acorde con los postulados derivados del Estado social de derecho, ante todo en asuntos que se relacionan con la seguridad social de la población”*. (Se destaca).

Además debe recordarse que en desarrollo de lo previsto en el artículo 356 de la Constitución Política<sup>131</sup>, adicionado por el artículo 3º del Acto Legislativo número 04 de 2007, el Presidente de la República expidió el Decreto 028 de 2008, por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones. Este decreto, junto con su reglamentario (Decreto 168 de 2009<sup>132</sup>), le otorga precisas competencias al Ministerio de Educación Nacional en relación con el monitoreo, seguimiento y verificación de la correcta utilización de los recursos del SGP destinados a la educación.

De manera que, en síntesis, una eventual revisión de la homologación realizada por las entidades territoriales exigiría necesariamente la participación del Ministerio de Educación Nacional, el cual, sin perjuicio del control judicial de los actos administrativos que se llegaran a expedir, tendría el deber de validar y certificar que ese proceso se ajusta al ordenamiento jurídico y que, en esa medida, sus costos pueden ser imputados al SGP o, en su defecto, a la Nación.

Por ende, conforme a los mandatos constitucionales y legales de coordinación y colaboración entre las diferentes ramas y órganos del Estado, así como a los de legalidad y legalidad del gasto, la Sala considera que antes de aprobar una revisión de la homologación inicial, las entidades territoriales y el Ministerio de Educación Nacional deberán revisar conjuntamente su metodología, procedencia técnica y conformidad con la Constitución y la ley, en orden a asegurar que posteriormente, el propio Ministerio, al ejercer las competencias que le confiere el ordenamiento jurídico, no tendrá razones para objetarla o negar su validación. Si en ese trabajo de coordinación se concluye que la revisión de la homologación no es viable jurídicamente, las entidades territoriales deberían abstenerse de tramitarla.

## 7. Prescripción de los derechos de los trabajadores

El último aspecto de la consulta es el relacionado con la eventual prescripción de las acciones derivadas del proceso de homologación realizado con base en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001. Al respecto se observa lo siguiente.

En términos generales, la prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la adquisición o la extinción de derechos u obligaciones. El Código Civil la define así:

*“Artículo 2512. Definición de prescripción. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción”.*

131 El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de las metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

132 Compilado en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, artículos 2.6.3.1.1 y subsiguientes.

Particularmente, la prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en el tiempo fijado en la ley, so pena de verse expuesta a su pérdida<sup>133</sup>. Las reglas genéricas sobre la prescripción extintiva están contenidas en el artículo 2535 del Código Civil que señala:

*“Artículo 2535. Prescripción extintiva. **La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.** Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”.* (Subrayas agregadas).

Respecto de la prescripción, la Corte Constitucional en Sentencia C-662 de 2004 estableció lo siguiente:

*“La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces<sup>134</sup>. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada.*

*Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>135</sup> ha reconocido que:*

*“El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”*

*Como ya se enunció previamente, esta figura crea una verdadera carga procesal, en tanto que establece una conducta facultativa para el demandante de presentar su acción en el término que le concede la ley so pena de perder su derecho. Su falta de ejecución genera consecuencias negativas para este, que en principio resultan válidas pues es su propia negligencia la que finalmente permite o conlleva la pérdida del derecho. De allí que si el titular no acude a la jurisdicción en el tiempo previsto por las normas procesales para hacerlo exigible ante los jueces, por no ejercer oportunamente su potestad dispositiva, puede correr el riesgo serio de no poder reclamar su derecho por vía procesal, e incluso de perderlo de manera definitiva”.*

Ahora bien, las reglas específicas de la prescripción extintiva respecto de los derechos laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, salvo lo previsto en normas especiales, se encuentran reguladas en el Decreto Extraordinario 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.* De manera particular el artículo 41 de este decreto dispone:

<sup>133</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08)

<sup>134</sup> Artículos 2535 a 2545 del Código Civil.

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 8 de 1999. Exp. 6185. M. P. Jorge Santos Ballesteros.

**“Artículo 41.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

*El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.*

Para los demás derechos de los funcionarios públicos no regulados en ese decreto o que no tengan norma especial, la jurisprudencia<sup>136</sup> ha considerado aplicable el artículo 151 Código de Procedimiento Laboral que consagra el mismo término de prescripción extintiva de tres (3) años, así:

**“Artículo 151. -Prescripción.** *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual”<sup>137</sup>.*

A lo anterior, se le ha atribuido la denominación de prescripción “trienal”, en razón a que el lapso que debe transcurrir para que se extinga el derecho por el simple paso del tiempo es de **tres años**, el cual se cuenta a partir de “la exigibilidad” de la respectiva obligación<sup>138</sup>. En relación con esta prescripción trienal la jurisprudencia ha señalado:

*“(…) en lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho Decreto “prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.*

*A su turno el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, señala que las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, “prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero*

136 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, expediente 2011-00628. Ver también de la Sección Segunda del Consejo de Estado la Sentencia del 3 de junio de 2010, expediente 2003-01606-01.

137 En concordancia con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, según los cuales la prescripción de los derechos ocurre en un término de 3 años y se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador: “Artículo 488. Regla general. **Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto. Artículo 489. Interrupción de la prescripción. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.**(Se resalta)

138 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 18 de mayo de 2016, expediente 2010-00246: “Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad”.



*solo por un lapso igual". Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible (...)*"<sup>139</sup>.

Sobre la prescripción en materia laboral, la jurisprudencia ha establecido no obstante que dicha institución jurídica debe armonizarse con el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos laborales y de la seguridad social<sup>140</sup>, razón por la cual es viable que cierto tipo de derechos puedan ser reclamados por el trabajador en cualquier tiempo<sup>141</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral el de la *"situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho"*.

Lo anterior ha llevado a señalar que frente a prestaciones periódicas, esto es de pagos continuos, permanentes y habituales derivados de la relación laboral o pensional<sup>142</sup>, se debe diferenciar entre (i) el derecho a reclamar los factores o el cuántum que legalmente deben integrar ese pago periódico y que por ende impacta de manera permanente y a futuro en los derechos del empleado o pensionado, el cual en principio es imprescriptible mientras esa relación jurídica (de empleado o pensionado) esté vigente; y (ii) la reclamación hacia del pasado de las sumas que, como consecuencia de una indebida integración del salario o pensión, no se hubieren pagado o reconocido, a las cuales, como derechos crediticios, se les aplica el término de prescripción legal que corresponda.

Así por ejemplo, en Sentencia de Unificación SU-298 de 2015, la Corte Constitucional diferencia entre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la reliquidación de las pensiones indebidamente calculadas y el carácter prescriptible de los derechos crediticios nacidos de esa situación:

*"23. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre el derecho a la pensión propiamente dicho, y los derechos crediticios que surgen de esta. Mientras el reconocimiento del derecho a la pensión goza de características tales como la imprescriptibilidad, los otros están sujetos a mayores restricciones, siempre que tales limitaciones no sean desproporcionadas.*

*Particularmente, en relación con la prescripción de las acciones laborales, esta Corporación ha advertido que el derecho a la pensión es imprescriptible, sin embargo, el Congreso puede fijar la prescripción extintiva de los derechos que surgen en virtud de un derecho fun-*

139 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

140 Constitución Política: **"Artículo 48.** *Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social".* Código Sustantivo del Trabajo: **"Artículo 14.** *Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".*

141 Corte Constitucional, Sentencia SU-298 de 2015: *"Sobre el carácter imprescriptible de los derechos laborales, esta Sala de Revisión encuentra que el actor confunde dicho carácter con la posibilidad que las acciones por las cuales sea procedente reclamar los mencionados derechos sean igualmente imprescriptibles. En efecto, los derechos laborales de seguridad social, son irrenunciables y pueden ser reclamados en cualquier momento. La estipulación de un término de caducidad para solicitarlos, generaría de manera contradictoria que se pudiera renunciar a ellos en virtud del paso del tiempo. Pero, de esto no se puede derivar que todas las acciones y recursos pertinentes para ello, carezcan de regulación en cuanto al término para hacer uso de ellos".*

142 *"La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario. En ese sentido los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprenden tanto las decisiones que reconocen prestaciones sociales como salariales, que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente".* (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente 2011-00537. Ver igualmente, de la misma sección, la sentencia de tutela del 22 de febrero de 2016, expediente 2016-0009).

damental. En concreto, la jurisprudencia ha expresado que los créditos o mesadas pensionales, deben ser reclamados durante un lapso determinado de tres años, so pena de perder el derecho a recibirlos:

“Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, **exclusivamente**, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho”<sup>143</sup>.

24. En consecuencia, es posible concluir que **el derecho a la pensión tiene un carácter imprescriptible, no obstante, a los créditos o las mesadas pensionales sí les aplica la prescripción (...)**

27. En relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al derecho a reclamar la reliquidación de la pensión, son relevantes, en especial, dos decisiones: las sentencias T-762 de 2011 y T-456 de 2013. Estas providencias comparten con el caso que se estudia, que los accionantes solicitaron la reliquidación de su pensión, entre una de las varias peticiones que elevaron a diferentes despachos judiciales. La respuesta que recibieron consistió en que su acción había prescrito, pues la reclamación no se presentó después de tres años del reconocimiento de la pensión. Cuando la Corte se encargó de resolver los problemas jurídicos respectivos, en la sentencia del 2011 concluyó que resulta desproporcionado imponer un límite para solicitar el reajuste pensional -en ese caso porque la liquidación se hizo con un régimen diferente-; y en la sentencia del 2013 reiteró que ante una incorrecta liquidación, subsiste el derecho a requerir, en cualquier tiempo, un cálculo adecuado de la pensión (...).

Es posible concluir entonces que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo”. (Se resalta).

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, que en relación con la imprescriptibilidad de las asignaciones de retiro ha señalado que “*resulta viable que el peticionario pueda presentar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo*”, por lo que es de aclarar que lo prescriptible no es el derecho, sino “*las mesadas pensionales, sobre las que sí recae el término de prescripción*”<sup>143</sup>. Esa misma Corporación ha indicado entonces que:

143 Sección Segunda, Sentencia del 5 de mayo de 2016, expediente 2011-0494. En el mismo sentido: “Por ello, es indiscutible que la conclusión a la que arribó el a quo, de suponer que por efectos de la prescripción puede negarse el derecho al reajuste posterior a 2004, es errónea pues desconoce que el monto base de liquidación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, debido a que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Por ello, el señalar, como se hizo en esa pretérita oportunidad que el límite del reajuste sería hasta el 31 de diciembre de 2004, y que como la petición se formuló en el año de 2010 debían negarse las pretensiones de la demanda, es una decisión que afecta la base pensional para los periodos siguientes y desconoce que el efecto de reajuste pensional no depende de la solicitud en vía gubernativa, pues se afectan son las mesadas no reclamadas, mas no el derecho al reajuste, de carácter irrenunciable cuyo génesis es el principio del no congelamiento de su valor. (Sentencia del 24 de octubre de 2012, expediente 2011-0086, reiterada en Sentencia del 3 de febrero de 2015, expediente 2013-00037). Igualmente en Sentencia del 1º de julio de 2010, expediente 2007-00449: “La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son

*“(...) la ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible; por ello es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, si lo son las acciones que emanen de los derechos prescricionales”<sup>144</sup>.*

Por tanto en el caso consultado la Sala considera que en la medida en que la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación se hubiera realizado incorrectamente y esa circunstancia afecte actualmente la remuneración y prestaciones de dichos funcionarios, el derecho a solicitar la revisión de esa situación no prescribe, pues se trataría de situaciones irregulares que tienen incidencia permanente (actual) en sus garantías laborales<sup>145</sup>. Sin embargo, en aplicación de las normas analizadas, prescribirá hacia atrás, en tres años, el retroactivo que se derive del ajuste o corrección de la respectiva homologación.

Reitera la Sala que el derecho a recibir la remuneración que legalmente corresponde en virtud de una relación laboral se causa periódicamente (normalmente mes a mes), de modo que la revisión de esta no prescribe, aun cuando sí lo sean, hacia el pasado, los derechos crediticios nacidos de un indebido cálculo de dicha remuneración, a partir del momento en que se efectúe la reclamación, con la cual, como lo estableció la Sección Segunda del Consejo de Estado, se interrumpe la prescripción extintiva:

*“Ahora bien, la entidad recurrente considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse desde la fecha de la radicación de la demanda, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la prestación, ya que con ella se interrumpe la prescripción, criterio jurisprudencial que se reafirma en el presente caso”<sup>146</sup>.*

---

*las acciones que emanen de los derechos prescricionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador”.*

- 144 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 11 de febrero de 2015, expediente 2009-0332. Así mismo pueden verse las Sentencias de la misma Sección Segunda del 14 de diciembre de 2015 (expediente 2011-0546) y del 21 de enero de 2016 (expediente 2014-00136), que en relación con la prima técnica ha permitido reclamar su reconocimiento en cualquier tiempo (dado su carácter periódico), sin perjuicio de aplicar el término de prescripción de tres años a las prestaciones ya causadas: *“No obstante lo anterior, se advierte que hoy demandante solicitó en sede administrativa el reconocimiento del referido incentivo técnico el 24 de octubre de 2013, razón por la cual y en aplicación del término prescriptivo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, solo le serán reconocidos los periodos correspondiente a los años 2010 y 2011 sobre los que, como quedó visto, se tiene certeza de su calificación de servicios, si se tienen en cuenta que los periodos anteriores al 24 de octubre de 2010 a la sazón se encuentran prescritos”* (Sentencia 21 de enero de 2016, expediente 2014-00136). Igualmente, en materia de reliquidación del salario por no tener en cuenta horas extras y trabajo nocturno (Sección Segunda, Sentencias del 1 de julio de 2015 (expediente 2011-108) y del 27 de abril de 2015, expediente 2011-0860, entre otras). Igualmente puede verse Sentencia de Unificación SUJ-004 del 25 de agosto de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2011-0628, que en relación con la prescripción del derecho a reclamar por los factores que componen las cesantías señaló: *“Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado”*. Ver también Sentencia del 23 de septiembre de 2010, expediente 2003-00376.
- 145 Ver por ejemplo el caso analizado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2-003-16 del 25 de agosto de 2016, expediente 2013-00060, en el que la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió favorablemente la solicitud de reajuste salarial de una persona que había pasado de ser “soldado voluntario” a “soldado profesional” en el año 2002, y quien, en el año 2012, reclamó que al momento de cambiar su vinculación con el Ejército Nacional (2002) no se le había hecho el reajuste salarial ordenado en la ley, lo que afectaba su remuneración actual.
- 146 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 2 de febrero de 2006. Rad. 25000-23-25-000-2002-12729-01(4718-04). Así mismo puede verse la sentencia de 24 de abril de 2003. Rad. 76001-23-31-000-2000-0133-01(2159-02) de la misma Sección Segunda que dispuso: *“Y si bien es cierto que los derechos prescricionales son imprescriptibles, no sucede así con las mesadas prescricionales que emanan de tal derecho, ya que dichas mesadas están sometidas al término de prescripción de tres años consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. No obstante, el simple reclamo escrito del beneficiario ante la autoridad competente, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”*.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

1. Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?

Sí tiene derecho, con fundamento en la garantía constitucional a la igualdad material establecida en el artículo 13 de la Carta Política, y en el principio constitucional “a trabajo igual, salario igual”.

*En caso afirmativo: ¿Bajo qué condiciones sería procedente que la entidad territorial realice modificaciones? ¿Es la modificación del Estudio Técnico un medio idóneo para subsanar estas deficiencias? ¿Cuál(es) otro(s) mecanismo(s) sería(n) conducente(s) para realizar este trámite?*

La modificación del estudio técnico inicial no es *suficiente* per se para subsanar las irregularidades detectadas en la homologación inicial. Si se verifica que los actos administrativos de homologación y nivelación salarial estuvieron basados en estudios técnicos deficientes que afectan actualmente los derechos de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales en virtud del proceso de descentralización educativa previsto en la ley, correspondería en primer lugar distinguir lo siguiente:

- (i) Si las deficiencias afectan *la generalidad* del proceso de incorporación y homologación realizado por la respectiva entidad territorial, se deben modificar o ajustar tanto los actos administrativos generales como los particulares que puedan estar afectados con las irregularidades detectadas.
- (ii) Si las deficiencias recaen exclusivamente *sobre casos específicos y aislados*, solamente será necesario corregir los actos particulares y concretos que puedan estar causando la violación de los derechos de las personas afectadas.

En cualquiera de estas dos hipótesis es indispensable que los nuevos actos administrativos (generales y particulares) estén debidamente motivados en las razones constitucionales y legales, además de técnicas, que den cuenta de la necesidad de revisar la homologación original. Por lo mismo, la modificación de los actos administrativos iniciales exige la realización de nuevos estudios técnicos, que den plena certeza de:

- (i) Las deficiencias de los estudios técnicos iniciales y, por ende, de la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos con base en ellos;
- (ii) La existencia de situaciones en curso que están siendo afectadas por la homologación irregular anterior;

(iii) El rigor, precisión y estricta legalidad de los nuevos estudios técnicos, de manera que los actos administrativos modificatorios se ajusten a la Constitución y la ley y se garantice que a futuro no será necesario hacer nuevas revisiones de la homologación.

Por último, la Nación y las entidades territoriales al estudiar la posibilidad de revisar la homologación original derivada del proceso de descentralización de la educación, estarán sujetas a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal. En conclusión, la revisión o modificación de la homologación inicial:

- (i) Exige la elaboración de un nuevo estudio técnico;
- (ii) Debe hacerse mediante actos administrativos motivados que adopten las conclusiones del estudio técnico y dispongan los ajustes que correspondan a la homologación inicial; y
- (iii) Debe sujetarse a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal.

*¿Con cargo a qué recursos se deben pagar los costos derivados de la nueva homologación y nivelación salarial?*

De conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, prorrogado por la Ley 1753 de 2015, en concordancia con las leyes de presupuesto expedidas para regular la materia, los costos que se deriven de una eventual revisión de la homologación derivada del proceso de descentralización de la educación, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de participaciones y, en su defecto, con recursos del Presupuesto General de la Nación.

En ningún caso las entidades territoriales podrán intentar, ni la Nación validar o certificar, una revisión de la homologación inicial que contraríe la Constitución y la ley, o que esté fundada en elementos salariales o prestacionales reconocidos al margen de sus competencias, ni siquiera si se pretende sufragar con recursos de las propias entidades territoriales.

*¿Ese derecho prescribe? ¿Opera la prescripción para el pago de retroactivo? ¿En cuánto tiempo y en qué condiciones?*

El derecho de los servidores actualmente vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales a solicitar la revisión de su remuneración, como consecuencia de defectos en el proceso de homologación y nivelación salarial derivado de la descentralización del servicio educativo, no prescribe. El retroactivo está sujeto a la prescripción trienal prevista en la ley, de modo que una vez sea hecha una corrección de la homologación o el funcionario la solicite (y sea procedente), solo se podría reconocer el retroactivo hasta tres (3) años antes de esa circunstancia.

Dentro del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del sector educativo, ¿el Ministerio de Educación está facultado para validar y certificar modificaciones a los estudios técnicos presentados por las entidades territoriales?

Sí, en virtud de los principios constitucionales y legales de concurrencia y subsidiariedad y del deber que expresamente le impone al Ministerio de Educación Nacional el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, prorrogado por la Ley 1753 de 2015.

Remítase al Ministerio de Educación Nacional 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 Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

#### 4. Asignaciones salariales de docentes de los órdenes departamental, distrital y municipal.

##### Radicado 2302

Fecha: 28/02/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 11 de mayo de 2017

La señora Ministra de Educación Nacional consulta sobre varios asuntos atinentes a la creación y pago de asignaciones salariales de docentes de las entidades territoriales.

Es de anotar que con el beneplácito del Ministerio, el día 14 de diciembre de 2016 y antes de proferir el presente concepto, fueron escuchados varios representantes de la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación –agremiación a la que el Ministerio puso en conocimiento de la consulta-, quienes se refirieron a aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales en sustento de sus tesis sobre las asignaciones creadas por autoridades territoriales.

#### I. Antecedentes

Explica la Ministra que la jurisprudencia de los últimos años ha señalado que las autoridades territoriales no pueden establecer asignaciones salariales, pero que sin embargo se han expedido ordenanzas creándolas en varios departamentos.

Así las cosas, formula las siguientes preguntas:

*“1. En Relación con las primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968:*

*1.1. ¿Los actos administrativos proferidos por las corporaciones o las autoridades territoriales que crearon asignaciones salariales antes de diciembre de 1968 hasta cuándo son aplicables y surten efectos fiscales para el reconocimiento y pago de las primas que crearon?*

*1.2. ¿Cuáles funcionarios pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir ese beneficio?*

*1.3. ¿Con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales creadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968?*

*2. Respecto a las primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991:*

2.1. *Teniendo en cuenta la expedición y lo establecido por el Decreto 2277 de 1979 ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a ese Decreto?*

2.2. *En atención a la expedición y lo establecido por la Ley 4 de 1992, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?*

2.3. *En consideración a la expedición y lo establecido por la Ley 115 de 1994, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa Ley?*

2.4. *Si los actos administrativos que crearon asignaciones salariales antes de la Constitución Política de 1991, de la Ley 4 de 1992 y de la Ley 115 de 1994 nacieron a la vida jurídica y produjeron efectos por un tiempo determinado, ¿cuáles educadores pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir este beneficio?*

2.5. *En caso de ser necesario, ¿con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales expedidas después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991?*

3. *Sobre las primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991:*

3.1. *¿Debe la administración nacional, departamental o municipal pagar primas extralegales solicitadas con fundamento en actos administrativos expedidos después de la Constitución de 1991 por corporaciones o autoridades territoriales?*

3.2. *¿Qué herramientas jurídicas pueden utilizarse para no incurrir en el pago de lo no debido en virtud de las reclamaciones de la pregunta anterior?*

3.3. *En caso de haberse realizado algún pago, ¿es legalmente posible recuperar esos recursos?, y, ¿cuáles mecanismos o herramientas jurídicas puede utilizar la respectiva entidad para recuperarlos?*

3.4. *En caso de que deban reconocerse valores con fundamento en los mencionados actos administrativos, ¿con cargo a qué recursos se deben pagar?"*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) la competencia para crear salarios y prestaciones, ii) la normativa especial para los docentes, iii) la excepción de inconstitucionalidad, iv) no hay derechos adquiridos en contravía de la Constitu-



ción, v) el no reintegro de las sumas de dinero recibidas de buena fe, vi) pago de primas extralegales y vii) caso concreto.

## **A. La competencia para crear salarios y prestaciones**

Para absolver la consulta se hace necesario referirse a tres etapas históricas de la normativa sobre la competencia de los departamentos y municipios para crear salarios y prestaciones.

### **i) En vigencia de la Constitución de 1886 y antes del Acto Legislativo 1 de 1968**

La redacción original de la Constitución de 1886 preveía:

*“Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:(...)”*

*7. Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones”.*

El Acto Legislativo 3 de 1910, artículo 54, numeral 5 facultó a las asambleas departamentales para la *“creación y supresión de circuitos de notaría y de registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”*.

En la compilación de 1936 ordenada por el artículo 35 del Acto Legislativo del mismo año, se lee:

*“Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:(...)”*

*6. Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus respectivas dotaciones”.*

*Artículo 186. Corresponde a las Asambleas. (...)*

*5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.*

Posteriormente el Acto Legislativo 1 de 1945 estableció:

*“Artículo 7. El artículo 69 de la Constitución quedará así:*

*Artículo 69: El Congreso lo forman el Senado y la Cámara de Representantes. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...)*

*9. Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones”.*

*“Artículo 83. El artículo 186 de la Constitución quedará así:*

*Artículo 186. Corresponde a las Asambleas: (...)*

*5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.*

Con la compilación de 1945 ordenada por el artículo transitorio e) del Acto Legislativo 1 de 1945. Los artículos pertinentes quedaron así:

*“Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...)*

*9. Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones”.*

*Artículo 187. Corresponde a las Asambleas. (...)*

*5. La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”.*

Para entender el asunto de la creación de sueldos a cargo de las corporaciones públicas territoriales durante esta etapa y particularmente después del Acto Legislativo 3 de 1910, resulta indispensable remitirse a lo que la Ley 4 de 1913 regulaba:

*“Artículo 97. Son funciones de las asambleas:(...)*

*16. Crear los empleos necesarios para el servicio del departamento, y determinar su duración y funciones;(...)*

*25. Fijar los sueldos de los empleados del departamento que sean de cargo del tesoro departamental;”*

También es ilustrativo traer a colación la jurisprudencia de la época. En sentencia del 19 de junio de 1941<sup>147</sup> el Consejo de Estado dijo:

*“No estima el Consejo que la atribución que tienen las Asambleas para crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento, les impida autorizar a los Gobernadores para suprimir o refundir empleos o para disminuir proporcionalmente los sueldos con el fin de mantener el equilibrio del presupuesto. Si un empleado creado por ordenanza llega a estimarse innecesario para el servicio público, o si llega a estimarse que dos empleos pueden ser desempeñados por un solo empleado, y si las necesidades del Fisco aconsejan hacer estas economías, no se ve por qué razón no pueda la Asamblea autorizar a la Gobernación para hacerlas, ni se ve tampoco por qué no pueda la misma Asamblea autorizar a la Gobernación para hacer una rebaja proporcional en los sueldos en caso de presentarse un déficit en el presupuesto”.*

147 Luis Alejandro Bustos contra departamento de Norte de Santander.

Más específicamente, en la sentencia del 26 de abril de 1944 se señaló:

*“Dentro de las actividades propias de las Asambleas, señaladas por el artículo 186 de la Constitución, que desarrolla el 97 de la Ley 4° de 1913, cabe perfectamente, en sentir del Consejo, la de atender a la fijación del salario mínimo de los obreros que trabajan en las obras públicas del Departamento. Esta actividad es, precisamente, encaminada a dirigir la administración pública en lo referente a las obras que se adelantan con los recursos propios del Departamento. No es necesario que la ley señale en forma específica como función de las Asambleas la de fijar los salarios de los trabajadores. Basta con el hecho de hallarse dentro de las atribuciones de las dichas corporaciones la de atender a la administración de los bienes del Departamento, al arreglo, fomento y administración de las obras y establecimientos públicos que interesen exclusivamente a la respectiva sección, para que puedan válidamente las Asambleas Departamentales hacer la fijación del salario mínimo de sus obreros.*

*Cree el demandante que esta actividad corresponde al legislador y que la Asamblea de Bolívar se adelantó a este al dictar la Ordenanza número 7 de 1942. Pero esta apreciación no es exacta. No ha sido la Asamblea de Bolívar la primera en señalar el salario mínimo de los obreros del Departamento. Otras, como la de Antioquia, desde hace varios años han hecho lo mismo, Y está bien que sean las corporaciones seccionales las que dicten esa clase de medidas, dado que las condiciones de vida de una comarca a otra cambian fundamentalmente, y la fijación que hiciera el legislador nacional, fuera de que haría una nivelación inconveniente, sobre circunstancias disímiles, invadiría un campo vedado si pretendiese entrar a regular cuestiones relativas a la administración de las secciones, cuyos patrimonios gozan de garantías que la misma Constitución les reconoce y que, por tanto, son ellas las llamadas a atenderlo en virtud de claros preceptos legales”*

En síntesis, en lo que concierne al período analizado, la Constitución, la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos.

## ii) El Acto Legislativo 1 de 1968

Con la expedición del Acto Legislativo 1 de 1968 se modificaron entre otros los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución 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 ejerce las siguientes atribuciones: (...)*

*9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categoría de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales,”*

*“Artículo 41. El artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:*

*Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (..)*

*21. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”.*

*“Artículo 57. El artículo 187 de la Constitución Nacional quedará así:*

*Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas. (...)*

*5. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo”.*

Sobre esta reforma la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1393 de 18 de julio de 2002 sostuvo:

*“A partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido –acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas”.*

Por su parte, la Sección Segunda de la Corporación ha señalado:

*“El Acto Legislativo 1 de 1968, en relación con la asignación de competencias para la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, determinó: (...) De los preceptos constitucionales transcritos, se puede apreciar que el Constituyente de 1968 estatuyó una competencia concurrente para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, razón por la cual, encuentra la Sala que las entidades que profirieron los actos contentivos de las primas semestral y de antigüedad que reclama el demandante no tenían competencia para crear emolumentos a favor de los empleados del Departamento de Sucre. De la lectura armónica de los artículos transcritos se puede concluir que a las Asambleas Departamentales les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales mas no para crear derechos salariales como es la prima semestral contenida en la Ordenanza 08 de 1985. En igual manera al Gobernador, quien*

*debía someterse a lo reglado por la mencionada corporación en desarrollo de la función asignada*<sup>148</sup>.

Asimismo dicha sección ha explicado:

*“(...) se tiene que a partir del año 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel seccional y local, al igual que del nacional, era exclusivamente del resorte legal, sin que fuera posible su reconocimiento por medio de actos jurídicos de contenido diferente, tales como los acuerdos y las ordenanzas”*<sup>149</sup>.

En tales condiciones, nada más hay que agregar a lo previsto en la norma y a lo sostenido por el Consejo de Estado en sede jurisdiccional y de consulta.

### **iii) La Constitución de 1991**

El artículo 150 prevé:

*“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)*

*19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)*

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;*

*f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.*

*Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrojárselas”.*

A su vez, los artículos 300 y 305 preceptúan:

*“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

*(...)*

*7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”.*

*Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:(...)*

<sup>148</sup> Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2010. Expediente 2003-00095.

<sup>149</sup> Sentencia del 24 de mayo de 2012.

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado”.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Segunda<sup>150</sup> ha manifestado que constitucionalmente se dejó en manos exclusivas del Congreso la facultad de regular el sistema salarial y prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden y se proscribió cualquier régimen señalado por los concejos municipales, las asambleas departamentales o los gobernadores, por lo cual no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.

Se encuentra que las normas constitucionales transcritas son desarrolladas por la Ley 4 de 1992, cuyo articulado en lo pertinente dispone:

*“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

*Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

*En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*

*Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional”.*

Al respecto, la Sección Segunda de la Corporación interpreta que:

*“De las normas previamente transcritas, es posible deducir que la competencia en materia de prestaciones sociales de los empleados de las entidades territoriales, se encuentra radicada en cabeza del Presidente de la República, de conformidad con los parámetros que estableció el legislador en la Ley 4 de 1992.*

*Por su parte, respecto del régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, el artículo 12 ibídem estableció que el Gobierno nacional señalará el límite máximo de estos servidores, guardando las equivalencias con cargos similares del orden nacional, dicha determinación si bien incide en las facultades de las autoridades del orden territorial, por ningún motivo las cercena, pues dichas autoridades fijarán las escalas de remuneración, en tratándose de Asambleas y Concejos, y sus emolumentos, por los Gobernadores y Alcaldes.*

150 Sección Segunda. Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

*De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno nacional. (...)*

Siendo así, la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues a estas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno nacional y el Congreso de la República<sup>151</sup>.

## **B. Normativa especial para los docentes**

La Ley 115 de 1994 “[p]or la cual se expide la ley general de educación” reza:

*“Artículo 115. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.*

*Artículo 175. Pago de salarios y prestaciones de la educación estatal. Con los recursos del situado fiscal y demás que se determinen por ley, se cubrirá el gasto del servicio educativo estatal, garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. Estos recursos aumentarán anualmente de manera que permitan atender adecuadamente este servicio educativo.*

*Parágrafo. El régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979, la Ley 4ª de 1992 y demás normas que los modifiquen y adicionen”.*

Es así que en el Decreto 2277 de 1979 “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente” se lee:

151 Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación 2005-00351.

*“Artículo 9. Creación de grados. Establécese el escalafón nacional docente para la clasificación de los educadores, el cual estará constituido por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14. (...)”*

*Artículo 36. Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...)*

*b) Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del Escalafón; (...).”*

En cuanto a la Ley 4 de 1992 sus artículos pertinentes, es decir el 10 y el 12, aparecen transcritos en acápite anterior.

### C. La excepción de inconstitucionalidad

Es menester garantizar en todo momento que el contenido y fuerza obligatoria de la Constitución no sean alterados por normas de inferior categoría.<sup>152</sup> De allí la existencia del principio de supremacía constitucional que implica que toda actuación que se adelante dentro del Estado de Derecho está sometida al orden jurídico y específicamente a la Constitución, la cual sirve de sustento a dicho orden. *“La Constitución no solo es norma, sino la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior”*<sup>153</sup>, de donde se sigue también su aplicación directa.

El mencionado principio también supone que la Constitución establece el sistema de fuentes del derecho y, por lo mismo, es la *norma normarum*<sup>154</sup>. *“(...) En aquellos sistemas con constituciones escritas, siempre puede establecerse una distinción entre la norma constitucional y la legislación ordinaria; y luego entre la legislación y las normas dictadas en ejecución de la misma; pudiendo decirse que las normas que integran el ordenamiento jurídico siempre se organizan deliberada o espontáneamente en forma jerárquica, de manera que existen normas en un nivel superior que siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior (...)”*<sup>155</sup>.

Ha dicho esta Sala<sup>156</sup> que es consecuencia inevitable de la aplicación directa de la Constitución como norma de normas la hipótesis prevista en el artículo 4 Superior<sup>157</sup>, en el sentido de que ante la existencia de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es la denominada excepción de inconstitucionalidad<sup>158</sup>.

152 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2193 del 2 de octubre de 2014.

153 García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma. Madrid. Editorial Civitas, 1985. Páginas 49 -50.

154 Ibidem.

155 Parejo Alfonso, Luciano. El concepto del derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Editorial Jurídica Venezolana, 2009. Segunda Edición, página 28.

156 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 del 10 de septiembre 2009.

157 Cuyo antecedente directo es el artículo 40 del acto legislativo 3 de 1910 (el cual quedó ubicado en la compilación constitucional de 1.945 en el artículo 215 de la Constitución Política, lugar en el que se mantuvo hasta la derogatoria de la Constitución de 1886), cuyo texto era el siguiente: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”*.

158 Para algunos autores de derecho constitucional, la mencionada excepción es una forma de control de constitucionalidad concreto y difuso. Cfr., Hernández Galindo, José Gregorio. Poder y Constitución. Bogotá. Editorial Legis, 2001. Primera Edición, páginas 57 y s.s.



La excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

*“En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y este no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (...)”<sup>159</sup>.*

Esta exigencia se explica porque como ha dicho el mismo tribunal, la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía de la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad<sup>160</sup> de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades (arts. 6 y 121 C.P); por tanto, su invocación requiere argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución.<sup>161</sup>

También ha dicho esta Sala que, evidenciada la incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y deja de ser una simple posibilidad discrecional del operador jurídico.<sup>162</sup>

#### D. No hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución

El artículo 58 de la Constitución establece:

**“Artículo 58.** *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.*

*El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.*

<sup>159</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 600 de octubre 21 de 1998.

<sup>160</sup> Corte Constitucional, sentencias T-1015 de 2005, C-803 de 2006, T-808 de 2007 y T-389 de 2009.

<sup>161</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1956 de 2009.

<sup>162</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1999 de 2010.

*Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio". (Resalta la Sala)*

Se observa entonces, que si los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos, mal podrían entonces ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política en cuanto que es norma fundante del ordenamiento.

No puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada desconociendo el régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, pues carece de un justo título. En este punto es contundente el artículo de la Ley 4 de 1992:

*"Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".*

Ahora bien, alguna inquietud ha causado el concepto 1878 ACL del 13 de noviembre de 2008 proferido por esta Sala según el cual a decir de Fecode, las primas extralegales creadas por las asambleas departamentales generan derechos adquiridos.

Es preciso anotar que en ese concepto se efectuó el análisis bajo un supuesto muy especial consistente en que inicialmente el Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 1992 encontró que la Ordenanza 019 de 1981 expedida por la Asamblea de la Guajira se adoptó conforme al régimen constitucional y legal de competencias vigente al momento de su expedición - Constitución de 1886 - y que, posteriormente, el 6 de marzo de 2003, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de la misma ordenanza por falta de competencia, ya a la luz de la Constitución de 1991 y de la Ley 4 de 1992.

Es por ello que en el concepto 1878 ACL se concluyó que las primas de antigüedad reconocidas antes de la sentencia que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981 constituyen situaciones consolidadas a favor de sus titulares, pero solamente en ese evento. En consecuencia, del aludido concepto no puede concluirse que en todos los casos las asignaciones salariales creadas por las asambleas departamentales o los concejos municipales constituyen derechos adquiridos.

Es más, con posterioridad al concepto es abundante la jurisprudencia en la que el Consejo de Estado ha decidido que las asignaciones salariales creadas a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 por las autoridades territoriales son contrarias al ordenamiento jurídico<sup>163</sup>.

<sup>163</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. Radicación 2014-00018, Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2016. Radicado 2004-03001, Subsección B. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicado 2010 - 02266,

## E. El no reintegro de las sumas de dinero recibidas de buena fe

El artículo 83 de la Constitución Política dispone que “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

Asimismo, el artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”<sup>164</sup>. En este punto es preciso tener en cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha concluido que la adopción general e impersonal de un régimen, y su aplicación genérica, en principio llevan a que sus beneficiarios lo entiendan como ajustado a la legalidad, independientemente de que dicho régimen haya sido inclusive controvertido judicialmente<sup>165</sup>.

Adicionalmente es menester anotar que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por proteger el derecho de aquellos docentes que han percibido dineros en virtud de primas creadas por las asambleas y concejos, con base en la confianza de que les estaban siendo pagados legalmente.

Resulta entonces aplicable el principio de confianza legítima, cuyo desarrollo se debe en gran medida al derecho alemán a partir del fallo conocido como “la viuda de Berlín”.

Explica la doctrina que el Tribunal Superior en providencia del 14 de noviembre de 1956, posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo Alemán en sentencia del 25 de octubre de 1957, protegió la confianza de la viuda de un funcionario de la República Democrática Alemana a quien las autoridades le revocaron unilateralmente el derecho a percibir la pensión de jubilación de su difunto esposo, y consideró que no debía devolver las cantidades percibidas. La autoridades exigían el reintegro de las sumas percibidas pese a que la mujer las venía recibiendo convencida de que su traslado de Berlín Oriental a Berlín Occidental no le ocasionaría problemas, pues así se le había comunicado por la autoridad competente<sup>166</sup>.

En el caso de la consulta, la base de la confianza estaría constituida por la expedición de la normas que crean las primas extralegales –signo externo– que tiene la capacidad de inducir razonablemente a los administrados –docentes– a creer en la legalidad, estabilidad y regularidad de su situación jurídica<sup>167</sup>.

Desde luego que si la Administración considera que se le ha ocasionado un daño, y que en aras de proteger el patrimonio público debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que claramente estipula que “las entidades públicas deberán

164 Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2195 de 2014.

165 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de junio del 2008. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-03315-02(0789-07).

166 Valbuena Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2008. Páginas 247 y 248.

167 Ver: ibidem. Páginas 159, 160 y 161.

promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

## F. Pago de primas extralegales

El artículo 356 de la Constitución Política regula el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, que reemplazó al Situado Fiscal, en los siguientes términos:

**“Artículo 356.** *Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de estos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.*

*Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.*

*Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.*

*Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.*

*Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.*

*La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de estas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:*

*a) Para educación, salud y agua potable y saneamiento básico: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad. En la distribución por entidad territorial de cada uno de los componentes del Sistema General de Participaciones, se dará prioridad a factores que favorezcan a la población pobre, en los términos que establezca la ley.*

b) *Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.*

*No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.*

*Los recursos del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios se distribuirán por sectores que defina la ley.*

*El monto de recursos que se asigne para los sectores de salud y educación, no podrá ser inferior al que se transfería a la expedición del presente acto legislativo a cada uno de estos sectores.*

*La ciudad de Buenaventura se organiza como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico. Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución y las leyes especiales, que para el efecto se dicten, y en lo no dispuesto en ellas, las normas vigentes para los municipios.*

*El Gobierno nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.*

*Para dar aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, el Gobierno nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar.*

**Parágrafo transitorio.** *El Gobierno deberá presentar el proyecto de ley que regule la organización y funcionamiento del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo”.*

Por su parte las 2 últimas leyes que han adoptado los planes nacionales de desarrollo han establecido:

Ley 1450 de 2011 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, artículo 148:

**“Artículo 148. Saneamiento de deudas.** *Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagarán las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Parti-*

*cipaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, homologaciones de cargos administrativos del sector, primas y otros derechos laborales, deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal.*

*El Gobierno nacional a través del Ministerio de Educación Nacional validará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará los montos a reconocer y pagar.*

*Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.*

*Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las entidades territoriales y la Nación<sup>168</sup>.*

*Ley 1753 de 2015 “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, artículo 59:*

**“Artículo 59. Fondo de financiamiento de la infraestructura educativa preescolar, básica y media.** Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional.

*Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación del fondo, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.*

*El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa será administrado por una Junta cuya estructura y funcionamiento será definida por el Gobierno nacional.*

*Los recursos del Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media provendrán de las siguientes fuentes:*

*a) Los recursos provenientes del recaudo establecido en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982, destinados al Ministerio de Educación Nacional.*

168 Según el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, este artículo está vigente.

b) Las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional y estén contenidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos de Mediano Plazo.

c) Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos.

Así mismo, los proyectos de infraestructura educativa que se desarrollen a través del Fondo, podrán contar con recursos provenientes de:

d) El Sistema General de Regalías destinados a la infraestructura educativa, en los casos en que el OCAD designe al Ministerio de Educación Nacional como ejecutor de los mismos.

e) Los recursos de cooperación internacional o cooperación de privados que este gestione o se gestionen a su favor.

f) Aportes de los departamentos, distritos y municipios.

g) Participación del sector privado mediante proyectos de Asociaciones Público-Privadas.

**h) Excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones en Educación de las entidades territoriales certificadas en las vigencias anteriores, una vez garantizados los recursos para: 1) saneamiento de deudas, incluyendo las deudas laborales, que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo siempre que tengan amparo constitucional y legal y estén certificadas por el Ministerio de Educación y la prestación del servicio educativo; y 2) el pago de nómina y contratación de la prestación del servicio educativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 y las normas reglamentarias correspondientes.**

En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos. Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes.

**Parágrafo.** Todo proyecto sufragado por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa deberá contemplar obligatoriamente los ajustes razonables para acceso a la población con discapacidad de que trata la Ley Estatutaria 1618 de 2013". (Resalta la Sala).

Este recuento normativo permite arribar a las siguientes conclusiones: i) Las deudas del servicio educativo deben ser cubiertas con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación (en el último caso previa suscripción de acuerdos de pago entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes), ii) Las deudas deben tener "amparo constitucional y legal" y iii) El Ministerio de

Educación Nacional tiene la función de validar y certificar los montos por reconocer y la de pagar las deudas de la educación.

### **G. Caso concreto**

Se procederá al análisis en el orden cronológico planteado en el literal A del concepto.

#### **i) Primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968**

Como se explicó, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocían la competencia de las asambleas departamentales para crear asignaciones salariales de los empleados de sus departamentos.

En tal virtud dichas asignaciones son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación que las devenguen, hasta cuando se produzca su retiro.

Ahora bien, por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

#### **ii) Primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991**

Para este período la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales, pero no para crear derechos de tal entidad.

En consecuencia, las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para el operador jurídico, en este caso la Administración, la obligación de inaplicarlas por inconstitucionales. Entonces, sin asomo de duda es menester acudir a la excepción de inconstitucionalidad y ante la incompatibilidad de las ordenanzas con la norma de normas, debe prevalecer la supremacía constitucional.

No sobra advertir que el Decreto 2277 de 1979 “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, se limitó a establecer el escalafón y de ninguna manera autorizaba a las asambleas para crear asignaciones laborales.



En suma, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y legal.

### iii) Primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991

La Constitución establece una competencia concurrente para establecer el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, pues el Congreso de la República señala los parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno nacional para fijar los límites máximos en los salarios, mientras que las asambleas y los concejos fijan las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias.

Ha dicho la jurisprudencia que la facultad constitucional otorgada a las asambleas para fijar las escalas de remuneración es de índole eminentemente técnica y no comprende la competencia para crear salarios o factores salariales, y se limita a la agrupación y clasificación de empleos del nivel departamental, y que no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior.<sup>169</sup>

Así las cosas, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales en vigencia de la Constitución de 1991 tampoco pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968 y aun hoy bajo la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.<sup>170</sup>

En todo caso si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa.

Con base en lo anterior,

## LA SALA RESPONDE

1. *En Relación con las primas extralegales creadas para los docentes antes del Acto Legislativo 01 de 1968:*

1.1. *¿Los actos administrativos proferidos por las corporaciones o las autoridades territoriales que crearon asignaciones salariales antes de diciembre de 1968 hasta cuándo son*

169 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2012 Radicación 2008-00551 y Sentencia del 29 de enero de 2015. Radicación 2003-01721.

170 Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2195 de 2014.

*aplicables y surten efectos fiscales para el reconocimiento y pago de las primas que crearon?*

*1.2. ¿Cuáles funcionarios pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir ese beneficio?*

Por su unidad temática se responden las preguntas 1.1 y 1.2.

Las asignaciones salariales creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro.

*1.3. ¿Con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales creadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968?*

Por ser emolumentos creados con amparo constitucional y legal, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de Participaciones y en su defecto con el Presupuesto General de la Nación, previa validación y certificación del Ministerio de Educación Nacional.

*2. Respecto a las primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991:*

*2.1. Teniendo en cuenta la expedición y lo establecido por el Decreto 2277 de 1979 ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a ese decreto?*

*2.2. En atención a la expedición y lo establecido por la Ley 4 de 1992, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa ley?*

*2.3. En consideración a la expedición y lo establecido por la Ley 115 de 1994, ¿hasta cuándo estuvieron vigentes y produjeron efectos fiscales los actos administrativos que crearon asignaciones salariales para docentes y directivos docentes expedidos con anterioridad a esa ley?*

Se responden las preguntas 2.1, 2.2, y 2.3.

Para el período transcurrido desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales.

Por tal razón las normas departamentales que crearon primas extralegales contrarían la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para la Administración la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

*2.4. Si los actos administrativos que crearon asignaciones salariales antes de la Constitución Política de 1991, de la Ley 4 de 1992 y de la Ley 115 de 1994 nacieron a la vida jurídica y produjeron efectos por un tiempo determinado, ¿cuáles educadores pueden ser beneficiarios de estas asignaciones salariales y hasta cuándo debe ir este beneficio?*

Ningún educador podía ni puede ser beneficiario de asignaciones salariales creadas en oposición a la Constitución.

No obstante, los dineros percibidos por los docentes desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

*2.5. En caso de ser necesario, ¿con cargo a qué recursos presupuestales se deben pagar los valores que resulten del reconocimiento de primas extralegales expedidas después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991?*

Por ser asignaciones sin amparo constitucional, no pueden ser pagadas por el Estado.

*3. Sobre las primas extralegales creadas para los docentes después de la Constitución Política de 1991:*

*3.1. ¿Debe la administración nacional, departamental o municipal pagar primas extralegales solicitadas con fundamento en actos administrativos expedidos después de la Constitución de 1991 por corporaciones o autoridades territoriales?*

Las primas extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional.

*3.2. ¿Qué herramientas jurídicas pueden utilizarse para no incurrir en el pago de lo no debido en virtud de las reclamaciones de la pregunta anterior?*

Para evitar el pago de lo no debido, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon las denominadas primas extralegales.

*3.3. En caso de haberse realizado algún pago, ¿es legalmente posible recuperar esos recursos?, y, ¿cuáles mecanismos o herramientas jurídicas puede utilizar la respectiva entidad para recuperarlos?*

Los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe. En todo caso, si la Administración considera que se

debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa.

*3.4. En caso de que deban reconocerse valores con fundamento en los mencionados actos administrativos, ¿con cargo a qué recursos se deben pagar?*

Por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Édgar Gonzalez 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. Retiro forzoso por edad de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Ley 1821 de 2016. Situación de las personas que cumplieron la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia. Irretroactividad de la ley. Régimen de los notarios. Carrera notarial y concurso. Derechos adquiridos.**

**Radicado 2326**

Fecha: 08/02/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 10 de febrero de 2017

El Ministro de Justicia y del Derecho solicita el concepto de la Sala sobre la interpretación y aplicación de la Ley 1821 de 2016, “[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, especialmente en relación con los siguientes puntos: (i) las personas excluidas de su aplicación, según lo dispuesto en el artículo 1º inciso segundo de dicha ley; (ii) la situación de las personas que alcanzaron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que, por diferentes razones, continúan ejerciendo funciones públicas, y (iii) la situación de los notarios públicos que fueron retirados de sus cargos por haber llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior, pero que siguen ejerciendo sus funciones mientras se nombran las personas que los han de reemplazar, frente a los derechos que le asistan a quienes participaron en el último concurso público para el nombramiento de notarios y quedaron en los primeros lugares de la lista de elegibles.

## **I. Antecedentes**

En primer lugar, la consulta contiene un recuento de las normas legales y reglamentarias que han regulado en Colombia el fenómeno del retiro forzoso por la edad de los servidores públicos y de algunos particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente, desde la Ley 65 de 1967<sup>171</sup> hasta la misma Ley 1821 de 2016, junto con la jurisprudencia constitucional sobre este asunto.

Entre tales disposiciones, se destaca el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, que estableció el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco (65) años como causal de retiro forzoso para todos los empleados de la Rama Ejecutiva (artículo 31), con excepción de los mencionados en el segundo inciso del artículo 29 ibídem, es decir, el Presidente de la República, los ministros, los jefes de departamentos administrativos, los superintendentes, los viceministros, los secretarios generales de los ministerios y los departamentos administrativos, los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, los miembros de las misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y los secretarios privados de los referidos despachos.

171 “Por el cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas”. En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por esta ley, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2400 de 1968, “[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

Agrega el ministro que tales normas fueron reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973, el cual dispuso que la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para el desempeño de cargos públicos, salvo para los funcionarios expresamente exceptuados en la disposición citada en el párrafo anterior.

Manifiesta que la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias, entre ellas la C-818 de 2011, la T-254 de 2002, la T-628 de 2006 y la T-668 de 2012, que no es constitucionalmente admisible aplicar la edad de retiro forzoso a los cargos de elección popular y de período fijo, habida consideración de que la voluntad popular, expresada en las urnas, es que los elegidos sean quienes ocupen el cargo durante el período que corresponda, y no otras personas.

Añade que en la sentencia T-012 de 2009, la misma Corte sostuvo que el retiro de un servidor público que ha llegado a la edad de retiro forzoso no puede operar de manera automática, pues la autoridad nominadora debe hacer una valoración de sus circunstancias particulares, para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, por tratarse de personas que han llegado a la tercera edad y merecen una protección especial del Estado. Enseguida recuerda que la Ley 1821 de 2016 subió a 70 años la edad de retiro forzoso para el desempeño de funciones públicas, lo cual se aplica tanto a los servidores públicos que laboran en todas las ramas del poder público, en los órganos autónomos e independientes, en los organismos de control y en las demás entidades y organismos del Estado, como a los particulares que cumplen funciones públicas, tales como los notarios, los curadores urbanos o los empleados de las cámaras de comercio.

Advierte que, sin embargo, el inciso segundo del artículo 1º de la mencionada ley estatuye que *“lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968”*. A este respecto comenta que el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 modificó varias normas del Decreto 2400 de 1968, y no solamente el artículo 29, por lo que la interpretación literal del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 conduciría a excluir de la misma a todos los empleados de la Rama Ejecutiva, pues son ellos a quienes se refieren las normas modificadas por el artículo 1º del Decreto 3074.

No obstante, de los antecedentes de la Ley 1821 de 2016 parece desprenderse que la remisión contenida en el segundo inciso del artículo 1º, es solamente al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 3074 de ese año, que es la disposición que contiene el listado de los funcionarios exceptuados de la edad de retiro forzoso.

Luego, el consultante transcribe el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 y manifiesta que de su texto podría concluirse *“desprevenida”* que *“las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y se encuentren en ejercicio de funciones públicas pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años”*. No obstante, el ministro comenta que durante el trámite de formación de la ley se quiso aclarar que esta no se aplicaba a quienes ya hubiesen cumplido 65 años, pero que dicha aclaración expresa se eliminó por considerarse superflua, ya que, para los

senadores ponentes, era claro que la ley no tenía carácter retroactivo y que, por tal razón, no podría aplicarse a quienes ya hubiesen cumplido 65 años.

Por otra parte, y específicamente en relación con los notarios públicos, la consulta señala que la edad de retiro forzoso para los mismos había sido fijada también en 65 años, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989<sup>172</sup>, norma contenida actualmente en el artículo 2.2.6.1.5.3.1.3 del Decreto 1069 de 2015<sup>173</sup>.

Añade que el artículo 182 inciso segundo del Decreto Ley 960 de 1970<sup>174</sup> dispuso que el retiro de los notarios se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la vigilancia notarial o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

Manifiesta, sobre este punto, que el Consejo de Estado, en providencia del 27 de marzo de 2014<sup>175</sup>, exhortó al Gobierno nacional, al Consejo Superior de la Carrera Notarial y a la Dirección de Gestión Notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro para que cumplieran, sin dilación alguna, lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, bajo el entendido de que no hay relación laboral entre el Estado y los notarios. Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en fallo de la misma fecha<sup>176</sup>.

Asimismo, el Ministro de Justicia informa que el Gobierno nacional, en cumplimiento del marco legal y jurisprudencial descrito, retiró del servicio a 25 notarios públicos, entre el 9 de abril de 2015 y el 30 de diciembre de 2016, por haber cumplido la edad de retiro forzoso. Sin embargo, dado que el artículo 150 del Decreto Ley 960 de 1970 preceptúa que el notario no puede separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de estas la persona que deba reemplazarlo, existen actualmente notarios que siguen ejerciendo sus funciones a pesar de haber sido retirados mediante acto administrativo en firme, por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Igualmente se indica en la consulta que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, mediante el Acuerdo 01 del 9 de abril de 2015, convocó a un concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, con el fin de proveer todas las notarías que se encontraban “*en interinidad o en encargo*” en esa fecha, las que se llegaren a crear durante la vigencia del concurso y de la lista de elegibles, y las que resultaran vacantes “*después del ejercicio de los derechos de carrera*”.

Dicho concurso concluyó con la expedición del Acuerdo N° 26 del 26 de junio de 2016, mediante el cual el citado Consejo Superior aprobó la lista definitiva de elegibles para el nombramiento de notarios en propiedad, que se publicó en un diario de amplia circulación nacional el 3 de julio de 2016.

Mediante el Acuerdo 27 de 2016, el Consejo Superior de la Carrera Notarial estableció el procedimiento para el agotamiento de la lista de elegibles y la selección de las notarías

172 “Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970”.

173 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

174 “Por el cual se expide el Estatuto del Notariado”.

175 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 27 de marzo de 2014. Rad. N° 250002341000201200583-01.

176 Acción de cumplimiento radicada con el número 080012331000201300003-01.

vacantes. En desarrollo de dicho procedimiento, el Secretario Técnico del Consejo “*postuló*” a los aspirantes a las 25 notarías vacantes, postulación que ya fue aceptada por parte de ellos, faltando su nombramiento por parte del Gobierno nacional o de los gobernadores, según el caso. Dentro de estas notarías se encuentran aquellas regentadas por los notarios que ya fueron retirados oficialmente por haber cumplido la edad de retiro forzoso pero que siguen ejerciendo sus funciones, mientras no sean nombrados y se posesionen las personas que deban reemplazarlos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Ministro de Justicia y del Derecho formula a la Sala las siguientes preguntas:

*“1. ¿La remisión del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 se refiere al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o a la totalidad del artículo 1 del Decreto 3074 de 1968?. ¿En caso de que lo sea solo el (sic) artículo 29 del artículo (sic) del Decreto 2400 de 1968, es viable que el Gobierno nacional expida un decreto de yerros aclarando la remisión?*

*2. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?*

*3. ¿Cuál es el alcance de la Ley 1821 de 2016 frente a las vacantes que se generen durante la vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial?*

*4. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos los notarios que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley de (sic) 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y (ii) su situación laboral está definida mediante acto administrativo de retiro, pero continúan ejerciendo sus funciones por razones de necesidades del servicio hasta la posesión de su reemplazo?*

*5. A pesar de que no existe relación laboral entre los notarios y Estado (sic) ¿Es aplicable el principio de favorabilidad a los notarios?*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia; (ii) la Ley 1821 de 2016: antecedentes; (iii) interpretación del segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821: personas excluidas de su aplicación; (iv) interpretación de los artículos 2º y 4º de la misma ley: situación de los servidores públicos que cumplieron 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, e irretroactividad de la ley, y (v) consideraciones adicionales en relación con los notarios.



## A. La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia

Mediante la Ley 65 de 1967 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para distintos fines, entre ellos, “*modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos*” (literal g).

En ejercicio de tal delegación, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2400 de 1968, cuyo objeto es el de regular “*la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público*” (artículo 1º). Varias disposiciones de este decreto fueron modificadas por el Decreto 3074 del 1968, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las mismas facultades extraordinarias.

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, dispuso:

### “CAPÍTULO 6º

#### **Del retiro**

*Artículo 25.- La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento; (...)*

*d) **Por retiro con derecho a jubilación;***

*e) Por invalidez absoluta;*

*i) **Por edad;** (...).” (Se resalta).*

En armonía con lo anterior, el artículo 29 íbidem, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074, estatuyó lo siguiente sobre la causal señalada en el literal d) del artículo 25 del Decreto 2400:

*“Artículo 29. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, **cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones.** No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.*

*La persona retirada con derecho a pensión de jubilación **no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Vice-ministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comer-***

**ciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”.** (Resaltamos).

Y en relación con la causal de retiro por edad, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 preceptuó:

**“Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2° del artículo 29 de este Decreto”.** (Se destaca).

Como se observa, el Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, establece dos causales distintas, aunque relacionadas, para el retiro de los empleados públicos que trabajan en la Rama Ejecutiva: (i) el cumplimiento de los requisitos legales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, y (ii) el hecho de haber llegado a la edad de 65 años, en cuyo caso el empleado debía disfrutar de una pensión de vejez, conforme al régimen laboral y prestacional vigente a la sazón, si no había adquirido ya la pensión de jubilación.

Para mayor claridad, vale la pena recordar que, en punto a la pensión de vejez, el artículo 29 del Decreto Ley 3135 de 1968<sup>177</sup> establecía:

**“Artículo 29º.- Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión...”.** (Negrillas fuera del texto).

Debe resaltarse, en todo caso, que de ambas causales de retiro forzoso estaban exceptuados los funcionarios mencionados en el segundo inciso del artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año. De la primera, porque así lo establecía implícitamente el artículo 29 citado, cuando permitía que dichos empleados pudiesen ser reintegrados, a pesar de haberse retirado para disfrutar de la pensión de jubilación, y de la segunda causal quedaban excluidos, por la remisión que el artículo 31 del Decreto 2400 hacía al segundo inciso del artículo 29 *ejusdem*. Sobre la interpretación y la aplicación de estas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó lo siguiente, en el concepto 1764 de 2006<sup>178</sup>:

177 “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

178 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1764 del 19 de julio de 2006.

“La interpretación armónica de los artículos 29 y 31 del decreto Ley 2400 de 1968 conduce, en síntesis, a las siguientes reglas:

a) El artículo 29 prohíbe el reintegro de los **pensionados oficiales** a la Rama Ejecutiva, exceptuando de dicha prohibición los cargos señalados en el inciso segundo<sup>179</sup> del artículo 29.

b) Por su parte, el artículo 31 fija en 65 años, la **edad de retiro forzoso** de los empleados de la Rama Ejecutiva y establece la prohibición de reintegrar al servicio a la persona que haya alcanzado dicha edad, exceptuando los mismos cargos mencionados en el inciso segundo del artículo 29.

Así las cosas, se concluye que las personas llamadas a ocupar los cargos citados en el segundo inciso del artículo 29, están exceptuadas legalmente tanto de la prohibición de reintegro al servicio por tener eventualmente el status de pensionados, como de la prohibición o impedimento que genera llegar a la edad de retiro forzoso.

c) Ahora bien, la parte final del artículo 29 faculta al Gobierno nacional para exceptuar otros cargos de la prohibición de reintegro al servicio de pensionados oficiales, **pero no para exceptuarlos de la edad de retiro forzoso**”.

Estas normas fueron reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973<sup>180</sup>, cuyo artículo 105 dispuso, en relación con el retiro de los empleados oficiales:

“Artículo 105.- El retiro del servicio implica **la cesación en el ejercicio de funciones públicas** y se produce: (...)

5. Por edad.

Por retiro con derecho a pensión de jubilación. (...).”

El artículo 122 del mismo decreto prescribió lo siguiente, sobre la causal de retiro forzoso por edad:

“Artículo 122.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye **impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año**”. (Negrillas ajenas al texto).

Y el artículo 124 del mismo decreto normó lo siguiente sobre el retiro con pensión de jubilación o con pensión de vejez:

“Artículo 124.- Al empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una **pensión de jubilación o de vejez**, se le notificará por la entidad correspondiente **que**

179 “[2] Resulta oportuno indicar que el inciso segundo del artículo 29 del decreto ley 2400 de 1968, subrogado por el artículo 1º del decreto ley 3074 del mismo año, fue declarado **exequible** por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-124 del 27 de marzo de 1996”.

180 “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.

**cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión. Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones. (...)**. (Destacamos).

Es importante mencionar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-351 de 1995<sup>181</sup>, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los empleados de la Rama Ejecutiva. En esa oportunidad, la Corte consideró que la norma acusada estaba vigente y que se ajustaba a la Constitución, no obstante haberse expedido mucho antes de la Carta Política de 1991. De dicha providencia resulta pertinente destacar lo siguiente:

#### **“4. Edad de retiro forzoso**

*Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, **a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período** previamente señalado en la Carta Política. **Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.***

***El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. (...)***

*No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. (...) Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos. (...)*

181 Corte Constitucional, Sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995, expediente D-828.

(...) en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y **omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución**". (Negrillas añadidas).

Más adelante, con la Sentencia C-563 de 1997<sup>182</sup>, la Corte Constitucional ratificó la constitucionalidad de las normas que fijan una determinada edad como causal de retiro forzoso de los servidores públicos, al declarar exequible un aparte del artículo 31 del Decreto Ley 2279 de 1979<sup>183</sup>, que señaló en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores oficiales. En dicha oportunidad la Corte hizo las siguientes consideraciones adicionales:

"4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, **si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue**. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que **la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades**". (Resaltamos).

Y en la misma sentencia se explicó lo siguiente sobre la validez constitucional de la excepción que para ciertos cargos públicos hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, por remisión al artículo 29, inciso segundo del mismo decreto:

"8. Con el objeto de establecer el alcance y finalidad de **excepción consagrada en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968**, - según la cual el Presidente de la República; ministro del despacho; jefe de departamento administrativo; superintendente; viceministro; secretario general de ministerio o departamento administrativo; presidente, gerente

182 Corte Constitucional, Sentencia C- 563 del 6 de noviembre de 1997, expediente D-1638.

183 "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente".

o director de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado; miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera; y, secretario privado del despacho de los funcionarios antes enumerados, **puede continuar en su cargo luego de alcanzar la edad de retiro forzoso** -, *se hace necesario determinar cuál es la racionalidad que sustenta el elenco de empleos públicos antes mencionados. Sobre este particular, en la sentencia que declaró la exequibilidad del inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, la Corte expresó:*

*“Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub-examine [artículo 29 del Decreto 2400 de 1968], se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular - en el caso del Presidente de la República - o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública.*

(...)

*En suma, los empleos a que hace referencia el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 - todos los cuales corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público - son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos funcionarios allí señalados (...).” (Se destaca).*

Así, pues, queda claro que ni la causal general de retiro forzoso de los servidores públicos por llegar a la edad fijada por la ley, ni las excepciones a la misma, previstas en el Decreto 2400 de 1968, fueron derogadas por la Constitución Política de 1991 ni resultan contrarias a esta, conforme a lo resuelto en varias decisiones por la Corte Constitucional.

Vale la pena comentar que el artículo 14 de la Ley 490 de 1998 modificó expresamente el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, en el sentido de mantener la edad de retiro forzoso en 65 años, pero de manera flexible, de tal manera que el empleado que manifestara libre y voluntariamente su deseo de seguir *“en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años”*.

Sin embargo, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-644 de 1999, por haber incurrido el legislador en una ostensible violación al principio de unidad de materia, ya que el objeto de la citada Ley 490 era el de transformar a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) en una empresa industrial y comercial del Estado. Con dicha declaratoria, entonces, revivió, en sus términos originales, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

Ahora bien, es importante mencionar que esta causal, que originalmente se refería solo a los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, tal como lo precisó el Decreto 1950 de 1973 (artículo 1°), se fue extendiendo posteriormente a otros servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas de manera permanente, en virtud de diversas normas legales, con fuerza de ley e, incluso, reglamentarias. Así, para citar

algunos ejemplos, el Decreto 2277 de 1979 (artículo 31), la estableció para los docentes oficiales; los Decretos 546 de 1971<sup>184</sup> (artículo 5º) y 1660 de 1978<sup>185</sup> (artículos 128 y 130), para los servidores judiciales y los empleados del Ministerio Público, lo cual fue ratificado posteriormente para los primeros por la Ley 270 de 1996<sup>186</sup> (artículos 149 numeral 4º, y 204); la Ley 106 de 1993<sup>187</sup> (artículo 149) y el Decreto 268 de 2000<sup>188</sup> (artículo 42), para los empleados de la Contraloría General de la República; el Decreto 3492 de 1986<sup>189</sup> (artículo 100) y luego, el Decreto 1014 de 2000<sup>190</sup> (artículo 32) y la Ley 1350 de 2009<sup>191</sup> (artículo 52), para los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Decreto 1260 de 1970<sup>192</sup> (artículo 184) y, posteriormente, el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, para los notarios públicos; el Decreto 262 de 2000<sup>193</sup> (artículos 158 numeral 11, y 171), para los empleados de la Procuraduría General de la Nación; el Decreto 407 de 1994<sup>194</sup> (artículo 49 literal h, y 60), para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), y el Decreto 1768 de 1994<sup>195</sup> (artículo 22), para los directores generales de las corporaciones autónomas regionales.

Finalmente, la Ley 909 de 2004<sup>196</sup> extendió esta causal, de manera general, a todos los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, de las entidades, órganos y organismos mencionados en su artículo 3º. En efecto, el artículo 41 de la citada ley dispone, en lo pertinente:

*“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando **empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa** se produce en los siguientes casos:*

**g) Por edad de retiro forzoso;**

(...):” (Se resalta).

Por su parte, el artículo 55 *ibidem* preceptúa que **“las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás**

184 “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

185 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”.

186 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

187 “Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”.

188 “Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República”.

189 “Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones”.

190 “Por el cual se dictan las normas del régimen específico de carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se expiden otras disposiciones en materia de administración de personal”.

191 “Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública”.

192 “Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones”

193 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

194 “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

195 “Por el cual se desarrolla parcialmente el literal h) del Artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las corporaciones autónomas regionales y de las corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993”.

196 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

**normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley**". Este último artículo establece el campo de aplicación de la Ley 909, en los siguientes términos:

*"Artículo 3o. Campo de aplicación de la presente ley.*

*1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:*

*a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.*

*- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.*

*- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.*

*- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.*

*- (Inciso 5º derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)*

*- (Inciso 6º derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)*

*- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;*

*b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:*

*- En las corporaciones autónomas regionales.*

*- En las personerías.*

*- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*- En la Comisión Nacional de Televisión.*

*- En la Auditoría General de la República.*

*- En la Contaduría General de la Nación;*

*c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;*



d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- *Rama Judicial del Poder Público.*
- *Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.*
- *Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.*
- *Fiscalía General de la Nación.*
- *Entes Universitarios autónomos.*
- *Personal regido por la carrera diplomática y consular.*
- *El que regula el personal docente.*
- *El que regula el personal de carrera del Congreso de la República*

Parágrafo 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

De esta manera, la Ley 909 de 2004 extendió la causal de retiro forzoso por edad, contenida en el Decreto 2400 de 1968, a una gama inmensa de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de control y de órganos autónomos, tal como lo ha manifestado la Sala en varias ocasiones<sup>197</sup>.

En relación con el uso de esta causal de retiro, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han manifestado en numerosas ocasiones que el retiro de un servidor público por el cumplimiento de la edad máxima señalada por la ley, no puede hacerse de manera automática, generalizada ni indiscriminada, sino que debe efectuarse de manera razonable, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada servidor, especialmente aquellas relacionadas con su situación económica, familiar, pensional, de salud etc., de tal manera que con el retiro no se vulneren sus derechos fundamentales, tales como el derecho al “mínimo vital”, el derecho a la salud o el derecho a la seguridad social.

197 Tales como en los conceptos 1997 del 10 de mayo de 2013, 2142 del 3 de abril de 2013 y el 2188 del 10 de febrero de 2014.

En la reciente sentencia T- 376 de 2016, la Corte Constitucional resumió su línea jurisprudencial sobre esta problemática, en los siguientes términos:

*“47. La Sentencia T-294 de 2013, sistematizó las reglas de decisión sobre la materia. Por su pertinencia, se transcriben ampliamente:*

*“(i) En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.*

*(ii) Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas solo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión (...).*

*(iii) Cuando exista controversia o vacíos probatorios sobre el tiempo cotizado por el trabajador en edad de retiro forzoso, de modo tal que no se logre establecer si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro del peticionario y confiriéndole un plazo para interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.*

*(iv) Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez, la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación”<sup>198</sup>.*

**48. En síntesis, si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal debe ser razonable, no puede ser aplicada de forma automática y siempre debe consultar la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al mínimo vital. La manera de solucionar el caso dependerá de: (i) la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho el actor, (ii) el cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) el tiempo de cotizaciones que le restan.” (Se resalta).**

198 “[72] Corte Constitucional. Sentencia T-294/13 (M. P. María Victoria Calle Correa)”.

Se deduce de lo anterior que la Corte Constitucional no ha modificado el supuesto de hecho que configura esta causal de retiro forzoso, de acuerdo con las normas que la regulaban antes de la Ley 1821 de 2016, consistente únicamente en el hecho de cumplir el respectivo servidor público o el particular la edad de 65 años, pero ha advertido en múltiples ocasiones que dicha forma de retiro no puede utilizarse de manera automática o indiscriminada, sino teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona que se ve afectada con la misma, para no vulnerar sus derechos fundamentales. En esa medida, ha ordenado en varios casos que el retiro efectivo de la persona que deba cesar en sus funciones **se difiera durante algún tiempo**, con el fin de permitirle la obtención de la pensión de jubilación o de vejez, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o, en algunos casos, la conclusión de un tratamiento médico, entre otras circunstancias.

En efecto, ni la Corte ha declarado inexecutable tales normas, ni ha condicionado de manera general su executable bajo determinada interpretación (con un fallo modulador), ni ha exigido tampoco, al revisar acciones de tutela, que un servidor público que haya llegado a la edad de retiro forzoso se mantenga **indefinidamente** en su cargo o hasta cumplir **una edad diferente** de la señalada por la ley. Así, por ejemplo, en la citada Sentencia T-376 de 2016, al resolver el caso particular que le fue planteado, la Corte expuso lo siguiente:

*“57. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente: (...)*

*La manera de solucionar los casos en los que una persona es retirada del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso **sin haber adquirido la pensión**, dependerá (i) de la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho... (ii) del cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) **del tiempo de cotizaciones que le restan**.*

***En este último caso, si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario, podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos.** Cuando ocurre lo segundo, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, solo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos **si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante**, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa.*

*58. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluye que se deben tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante en consideración a que la Procuraduría General de la Nación retiró de su cargo a... sin valorar la posible interrupción de su tratamiento de... y el hecho de que su situación pensional no estaba resuelta. No obstante, debe aclararse que el actor no tiene derecho a la pensión especial para el Ministerio Público y al faltarle en la*

*actualidad... más de cinco (5) años de cotización, **esta Corporación no puede reintegrar al actor hasta el momento del reconocimiento de esta prestación.***

59. En consecuencia, no es posible que la Corte acceda a la pretensión inicial del accionante, consistente en el reintegro a la Procuraduría... **hasta que adquiera el derecho a la pensión.** Por el contrario, determinará su reintegro... al cargo que ocupaba en dicha entidad para que, **dentro del mes siguiente** manifieste por escrito si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva... o si prefiere seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social para adquirir su pensión completa. (...).

RESUELVE (...)

SEGUNDO. ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre al accionante al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría para que **manifieste por escrito, en el término máximo de un (1) mes, si considerando el número de semanas que le hace falta cotizar, decide optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o si prefiere seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley para obtener su prestación completa. Si la decisión consiste en continuar cotizando no estará obligado el Ministerio Público a mantenerlo en su cargo y previo el cumplimiento del debido proceso administrativo, podrá adoptar la decisión que corresponda**". (Negrillas ajenas al texto).

Lo anterior obedece, a juicio de la Sala, a que esta causal de retiro forzoso se concreta exclusivamente con la llegada del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas **a la edad señalada por la ley**, independientemente de que el retiro efectivo pueda cumplirse dentro de cierto plazo (por ejemplo, 6 meses para algunos servidores públicos, o 1 mes para los notarios), o de que, en algunas circunstancias especiales y excepcionales, a las cuales se refiere la jurisprudencia constitucional, deba diferirse durante cierto tiempo (que no puede exceder en ningún caso de 3 años, según la misma jurisprudencia).

En efecto, la llegada de una persona a dicha edad constituye un "hecho jurídico", en el sentido técnico de la palabra, del cual se derivan unas consecuencias o efectos jurídicos, consistentes en: (i) el deber del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo y cesar en el ejercicio de sus funciones, y (ii) el deber de la entidad, el órgano o el organismo público nominador (y de los funcionarios respectivos) de retirar a la persona afectada, si ella no lo hace voluntariamente.

## **B. La Ley 1821 de 2016. Antecedentes**

La Ley 1821 de 2016 es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, inspiradas en el simple pero importante motivo de que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres,

han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años la edad de retiro forzoso.

Un primer intento se dio con el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, al cual se hizo referencia en el acápite anterior, intento que fracasó al declararse inexecutable dicha norma por parte de la Corte Constitucional.

Luego se presentaron algunos proyectos de ley al Congreso de la República, los cuales no prosperaron, hasta que, por iniciativa de varios senadores y representantes a la Cámara, se presentó el proyecto de ley N° 110 de 2015 (Cámara de Representantes), “[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima de retiro de algunos servidores públicos del orden nacional y de los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente”. Este proyecto derivó finalmente en la Ley 1821 de 2016, “[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, publicada en el *Diario Oficial* el día 30 de diciembre de 2016. Esta ley cuenta solamente con cuatro (4) artículos, al igual que el proyecto inicialmente presentado. El artículo 1°, que es el central, prescribe lo siguiente:

*“Artículo 1°. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*

*Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968”.*

A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo, a los cuales nos referiremos más adelante.

El artículo 2°, que también es objeto de esta consulta, estatuye:

*“Artículo 2°. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.*

Dado que sobre la interpretación de este artículo recaen varias de las preguntas formuladas en la consulta, nos referiremos a él más adelante con la profundidad necesaria.

El artículo 3º *ibídem* reitera que esa ley no modifica los requisitos, circunstancias y condiciones establecidas en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, y aclara que tampoco modifica “*el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada*”.

Y finalmente, el artículo 4º dispone que dicha ley “*rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)*”.

Ahora bien, dado que la consulta gira en torno a la interpretación de dicha ley, especialmente en sus artículos 1º, 2º y 4º, la Sala considera importante, en primer lugar, hacer una descripción general del proyecto de ley que dio origen a esta normatividad, de sus principales motivaciones y de las transformaciones que sufrió durante su trámite legislativo<sup>199</sup>, aspectos que resultan determinantes, como se verá, para la adecuada hermenéutica de sus disposiciones.

Tal como se indicó atrás, este proyecto fue de iniciativa parlamentaria y contaba igualmente con cuatro artículos. Sin embargo, su alcance resultaba más limitado que el de la Ley 1821 de 2016, ya que solamente pretendía aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años para algunos cargos del Estado y para los particulares que ejercieran funciones públicas, pero no para todos los servidores públicos. Así lo establecía el título y el artículo 1º del citado proyecto, este último del siguiente tenor:

*“Artículo 1º. La edad máxima de retiro del cargo para los servidores públicos **del nivel directivo o decisorio** de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público, de los organismos de control, de la organización electoral, los organismos especiales, los jueces y magistrados de la República y sus equivalentes, y de los particulares que ejerzan funciones públicas de modo permanente, será de setenta años”. (Se resalta).*

De esta forma, con la norma que se proponía originalmente, algunos empleados y funcionarios del Estado habrían quedado sometidos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), mientras que el resto de los servidores públicos seguirían sujetos a la edad de retiro anterior (65 años).

Por otro lado, observa la Sala que la norma sugerida inicialmente no traía excepciones, de manera tal que cargos como el de los ministros, los secretarios generales o los directores de establecimientos públicos hubieran quedado sometidos a dicha causal de retiro. El artículo 2º del proyecto estatúa:

199 De acuerdo con los documentos que obran en el expediente del respectivo proyecto de ley, remitido por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**“Artículo 2º. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Sin embargo, las personas que a partir de su entrada en vigencia accedan o se encuentran en ejercicio de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero, podrán permanecer en los mismos, pero con la obligación de seguir cotizando al régimen de seguridad social, tanto en salud como en pensión, aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación”.** (Destacamos).

El artículo 3º del proyecto coincidía básicamente con el texto del artículo 3º de la Ley 1821 de 2016.

Y el artículo 4º de la iniciativa legislativa señalaba, al igual que el mismo artículo de la Ley 1821, que la ley que se expidiera regiría desde su publicación y derogaba las disposiciones que le fueran contrarias, **“en especial las contenidas en la ley 909 de 2004, en los decretos-leyes 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29) y 250 de 1970 y en los decretos 1950 de 1973, 1660 de 1978, 3047 de 1989, 564 de 2006, 1469 de 2010 y 1069 de 2015”.** (Se subraya).

En la respectiva exposición de motivos se explicó que lo que se pretendía con este proyecto de ley era principalmente ampliar en cinco (5) años la edad de retiro forzoso para algunos servidores del Estado especialmente calificados, aprovechando la mayor experiencia, madurez y criterio que pueden tener las personas que han superado los 60 años de edad.

Asimismo, se manifestó que el Congreso de la República tiene la atribución exclusiva para regular este asunto, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política en sus artículos 125<sup>200</sup>, para los servidores públicos, y 123<sup>201</sup> y 210<sup>202</sup>, para los particulares que ejercen funciones públicas. Puntualmente se justificó la propuesta en dos motivos primordiales:

(i) Los cambios demográficos y profesionales ocurridos en los últimos 50 años en Colombia. A este respecto, se explicó que el promedio de vida de los colombianos en 1968 era de 58 años para las mujeres y 55 para los hombres, con lo cual la edad de retiro forzoso impuesta en ese año estaba por encima de las expectativas de vida de la mayor parte de la población. En contraste, para el año 2013, la esperanza de vida en Colombia era de 70 años y 4 meses para los varones, y 77 años y 7 meses para las mujeres, con lo cual la nueva edad de retiro forzoso que se proponía (70 años) quedaba por debajo de la vida probable de los colombianos. También se indicó que en este mismo lapso había cambiado sustancialmente la composición etaria de la población, de tal manera que el porcentaje de personas de la tercera edad se acerca cada vez más al porcentaje de personas jóvenes.

200 **“Artículo 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...) **El retiro se hará:** por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario **y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.** (...)” (Resaltamos).

201 **“Artículo 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...) **La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.** (Se destaca).

202 **“Artículo 210.** Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta... **Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley** (...)” (Negritas añadidas).

Por estas razones, se consideró que la ley impactaría favorablemente el ejercicio de los destinos públicos que exigen mayor grado de experiencia y madurez.

(ii) Como segundo beneficio principal del proyecto, se manifestó que la ley propuesta generaría un **alivio financiero al sistema pensional**, ya que, sin modificar los requisitos o condiciones previstos en la ley para la adquisición del derecho a la pensión, propiciaba que las personas siguieran aportando al sistema de pensiones durante cinco años más, mientras que el sistema les pagaría “retornos” (en forma de mesadas) durante cinco años menos, representados por la diferencia entra la expectativa de vida de las personas y la nueva edad de retiro forzoso que se proponía. Sobre este punto se dijo:

*“Ciertamente, la propuesta que contiene este proyecto de ley trae consigo un **importante beneficio cuantitativo para el sistema pensional, como quiera que disminuye a cero el subsidio estatal a las pensiones de quienes opten por permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años.***

***En efecto, en el régimen actual de prima media, en el que la pensión se puede obtener desde los 57 o los 62 años (dependiendo del sexo del trabajador) y la obligatoriedad de retirarse del cargo como máximo al cumplir los 65 años, se tiene que, dado el promedio de vida actual de los pensionados, cada funcionario pensionado recibirá por concepto de pensión una cifra que superará en alrededor de mil millones de pesos, lo que cotizó en su vida laboral. Esto es lo que se llama subsidio estatal a las pensiones, que castiga fuertemente la sostenibilidad económica del sistema pensional, especialmente a medida que los promedios de vida van aumentando. (...) Es por ello que el proyecto de ley establece que **todas las personas amparadas por la nueva edad de retiro forzoso deberán seguir cotizando al régimen de seguridad social hasta el día de su retiro efectivo del cargo, aunque hayan consolidado previamente su derecho a gozar de una pensión de jubilación**”.** (Se resalta).*

En el numeral 4 de la exposición de motivos se resumió el objeto del proyecto y las finalidades buscadas con el mismo, así:

#### **“4. Conclusiones**

*Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro de determinados cargos a setenta años. Por una parte, **se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta que cuenta con una importante experiencia y madurez para el manejo de funciones públicas... delicadas, y por otra, se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años.***

*La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que **la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar con el ejercicio del cargo, debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía que lo venía haciendo con antelación.***



*Así las cosas, entre las diferentes opciones que se pueden buscar **para enfrentar el tema de la ampliación de las expectativas de edad, el envejecimiento de la población, el aprovechamiento de la experiencia y la sostenibilidad del régimen pensional**, esta propuesta es benéfica y definitiva a mediano y largo plazo...*

*Por lo anterior, con el presente proyecto de ley... hacemos una propuesta al Congreso de la República para que sin vacilación alguna la estudie, analice y acoja, ya que ella se fundamenta, entre otras, en estas consideraciones: (...)*

- *Se facilita y da la **opción voluntaria** a todos los servidores públicos del ámbito directivo y a los particulares que cumplan funciones pública, para que **una vez cumplidos los requisitos del número de semanas cotizadas y edad, puedan suspender el beneficio del reconocimiento pensional y continuar laborando por un tiempo máximo de 5 años**, bajo la condición de no recibir la mesada pensional y seguir aportando por el periodo adicional... **teniendo la opción de renunciar a este reconocimiento y hacer efectiva su pensión**". (Negrillas del original; subrayas añadidas).*

En la ponencia para primer debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes<sup>203</sup> se propuso adicionar el artículo 1º del proyecto de ley con dos párrafos: (i) el primero, para aclarar que los empleados sujetos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), que cumplieran 65 años de edad y tuvieran los requisitos para pensionarse, podían retirarse voluntariamente de sus cargos, y (ii) el segundo, para establecer que los demás servidores públicos, es decir, aquellos que seguían sujetos a la edad de 65 años para su retiro forzoso, podían seguir en sus cargos hasta por treinta (30) semanas más, después de haber cumplido los 65 años, si en ese momento no habían completado aún las semanas de cotización requeridas para pensionarse.

En lo demás, la ponencia no planteó cambios en el texto del proyecto de ley, que fue aprobado de esta forma por la Comisión Séptima de la Cámara.

El 9 de diciembre de 2015 se presentó ponencia para segundo debate de este proyecto de ley, en la plenaria de la Cámara de Representantes, sin proponer cambios al texto aprobado en la Comisión Séptima, con excepción de la expresión “pensión de jubilación”, que aparecía en el artículo 2º, la cual se sugirió reemplazar por “pensión de vejez”.

El 30 de marzo de 2016, se constituyó una “comisión accidental” conformada por varios representantes a la Cámara<sup>204</sup>, con el fin de estudiar algunas inquietudes que surgieron sobre el alcance del proyecto de ley, a raíz de la presentación de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes y su discusión en la plenaria de dicha corporación.

Paralelamente se conformó una subcomisión encargada de resolver los impedimentos que varios congresistas plantearon. Dicha subcomisión propuso que el aumento de la edad de retiro forzoso se extendiera a todos los servidores públicos y personas que cum-

203 Publicada en la *Gaceta del Congreso* N° 872 del 3 de noviembre de 2015, páginas 18 a 22.

204 Representantes Margarita María Restrepo Arango, Fabio Raúl Amín, Carlos Edward Osorio, Hernán Penagos Giraldo y Rafael Eduardo Paláu.

plieran funciones públicas, tal como lo había sugerido también el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un concepto que rindió ante esa corporación<sup>205</sup>, con el fin de unificar la edad de retiro forzoso en 70 años.

Por su parte, la “comisión accidental” presentó su informe el 10 de agosto de 2016, en el cual planteó los siguientes puntos:

- Se acogieron las propuestas de varios partidos y bancadas, en el sentido de que **la ley debía aplicarse a todas las personas que desempeñen funciones públicas**, y no solamente a quienes ocupen cargos altos o directivos.
- Se aceptó la propuesta de un representante a la Cámara, consistente en adicionar el artículo 2º con la siguiente disposición: “*A las personas que se acojan a la opción que ofrece la presente Ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003*”.

A este respecto, el informe de la “comisión accidental” explicó: “*Lógicamente, si la persona opta por permanecer en el cargo hasta los 70 años, no puede tener aplicación esta disposición legal*”.

- Y en el numeral 4 del informe se manifestó:

“4. Los demás elementos siguen igual, es decir:

- a) *La posibilidad de continuar trabajando de los 65 a los 70 años es enteramente voluntario (sic).*
- b) *Quienes decidan acogerse deberán continuar con las cotizaciones a la Seguridad Social, con lo cual se contribuye con los recursos públicos para salud y pensiones.*
- c) *Adicionalmente, se busca ayudar a aquellas personas que, habiendo llegado a la edad de retiro, no han cumplido con la totalidad de tiempo de cotizaciones y, en muchos casos, se ven obligados a acudir a la justicia para que sean restituidos mientras los cumplen...”.*

La misma “comisión accidental” propuso entonces varios ajustes al texto del proyecto, entre los cuales se destaca la modificación del artículo 1º, en el sentido de que la nueva edad de retiro forzoso sería aplicable a “*las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción*”, sin hacer ninguna distinción y sin plantear tampoco excepciones a dicha regla. De manera concordante, se propuso eliminar los dos párrafos con los que dicha norma fue aprobada en primer debate por la Comisión Séptima de la Cámara y los cuales, como atrás se explicó, se referían a la situación de los servidores públicos que seguían sujetos a la edad de retiro forzoso anterior (65 años).

205 Comunicación suscrita por el Viceministro de Hacienda y radicada en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 14 de marzo de 2016.

Con base en estas proposiciones y con los cambios sugeridos, el proyecto de ley fue aprobado en sesión plenaria de la Cámara de Representantes los días 23 y 24 de agosto de 2016.

No obstante, vale la pena registrar que el 24 de agosto de 2016, la Representante a la Cámara Ángela Robledo presentó una proposición para que se reabriera la discusión del proyecto de ley, “*para efectos de incluir unas modificaciones necesarias a los artículos 2 y 4 del citado proyecto...*”, con la justificación de que era necesario aclarar el alcance temporal de la ley, para que no pudiera interpretarse que esta resultara retroactiva y, en esa medida, generase conflictos jurídicos entre los notarios públicos que habían cumplido ya 65 años pero seguían ejerciendo sus cargos y aquellas personas que habían sido incluidas en las listas de elegibles para ocupar notarías en propiedad, luego de haber participado exitosamente en el concurso de méritos realizado para tal fin. A este respecto manifestó:

*“Por lo antes expuesto se hace necesario delimitar en tiempo (sic) la aplicación de esta ley y sus efectos, para que su vigencia sea realmente hacia el futuro y sin ninguna retroactividad y no se privilegien con artilugios legales personas ya retiradas de sus cargos en perjuicio del derecho de muchos colombianos que se presentaron al concurso de notarios lo ganaron por sus méritos y conocimientos y que verán frustrada su legítima aspiración y por tanto su confianza en las instituciones”.*

En el mes de septiembre de 2016 se recibió en la Cámara de Representantes una gran cantidad de comunicaciones en el mismo sentido, de personas que habían participado en el mencionado concurso de méritos y habían logrado quedar en la lista de elegibles. Todos ellos solicitaban aclarar expresamente que la ley en trámite no debía aplicarse retroactivamente, pues de ser así se desconocerían sus “derechos adquiridos”, como ellos mismos los calificaban, citando para el efecto jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>206</sup>, y se incurriría en un posible vicio de inconstitucionalidad.

El 1º de noviembre de 2016, luego de efectuarse una audiencia pública y recibirse comentarios de varios sectores, gremios, entidades públicas y personas interesadas en el proyecto de ley, se presentó ponencia para primer debate en el Senado de la República (Comisión Séptima), junto con un pliego de modificaciones<sup>207</sup> en el cual se proponían los siguientes cambios, entre otros:

En el artículo primero se recomendó eliminar las frases “*ya sea en régimen de carrera o libre nombramiento y remoción*” y “*en caso de que deseen continuar en el ejercicio de sus cargos*”, con las cuales dicho artículo había sido aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes, y se propuso añadir un segundo inciso, del siguiente tenor:

*“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968”.*

206 Contendida en las Sentencias C-1040 de 2007 y SU-446 de 2011, entre otras.

207 Gaceta del Congreso N° 959, año XXV, del 2 de noviembre de 2016, páginas 1 a 9.

En el artículo 2º se sugirió suprimir la expresión: “de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero”, y se sustituyó por “en ejercicio de funciones públicas”, y se adicionó la frase: “salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años”.

Desafortunadamente, el citado informe no contiene explicación alguna sobre las razones específicas y concretas por las cuales se propusieron los referidos cambios en el texto de las normas que integraban el proyecto. Sin embargo, para la Sala, la modificación resulta consonante con los antecedentes expuestos, esto es, la legítima preocupación respecto de quienes ya habían cumplido la edad de retiro forzoso (65 años) y pudiera pensarse que podrían mantenerse en el ejercicio de la función pública, y por otro lado, quienes se encontraban en la lista de elegibles, como se mencionó, respecto de la carrera notarial. Por ello, se aclara con este texto que quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso no quedan comprendidos en el supuesto fáctico previsto por la ley.

El 9 de noviembre del mismo año, los senadores ponentes<sup>208</sup> presentaron una propuesta sustitutiva de los artículos 1º y 2º del proyecto de ley. En relación con el artículo 1º, proponían algunos ajustes de redacción, y con respecto al artículo 2º, pedían que se eliminara la frase “salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años”. La justificación de los cambios propuestos fue la siguiente:

*“La propuesta sustitutiva que nos permitimos proponer a la Honorable Comisión **no altera absolutamente en nada el sentido del proyecto**, tal como lo sugiere la ponencia presentada para primer debate en el Senado, pero corrige, en cuanto al artículo primero, la redacción que allí se proponía, la cual, por un error de transcripción, adolecía de inconsistencias y repeticiones innecesarias que lograban hacer confusa una disposición que en verdad puede ser sencilla y prístina: **el retiro forzoso del cargo a los setenta años para todas las personas que desempeñan funciones públicas, salvo las excepciones que allí se establecen.***

*En cuanto al artículo segundo, **se propone eliminar la expresión “salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años”**, toda vez que **la vigencia de la ley es clara al precisar que la misma entrará a regir desde su publicación, razón por la cual resulta inocuo señalar esa salvedad, ya que para las personas que hayan cumplido la edad de retiro forzoso aplica la normatividad vigente y deberán retirarse al cumplimiento de las causales señaladas en la ley**”.* (Negritas añadidas).

De la misma forma, la Sala quiere resaltar que la intención del legislador no se modificó con la supresión de este texto, esto es, sustraer de los efectos de la ley a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso. Simplemente la frase en cita se eliminó, pues a criterio del legislador era inocuo plantear la salvedad, en la medida en que debía entenderse incorporada en el texto propuesto. Esta proposición sustitutiva fue acogida favorablemente por mayoría de votos<sup>209</sup>, en la Comisión Séptima del Senado de la República, el día 9 de noviembre de 2016.

208 Edinson Delgado Ruiz y Antonio José Correa Jiménez.

209 9 contra 1, para el artículo 1º, y 8 contra 1, para el artículo 2º.

Es importante anotar que en el acta de la correspondiente sesión, se dejó constancia expresa de que el nuevo texto de los artículos propuestos, junto con su respectiva justificación, fueron puestos en conocimiento de los senadores que integraban la Comisión Séptima con la debida anticipación y que, posteriormente, para ratificar lo decidido por dicho cuerpo, se sometió a votación todo el articulado del proyecto de ley, habiendo sido aprobado de nuevo por mayoría (8 contra 1).

El 22 de noviembre de 2016 se presentó la ponencia para segundo debate en el Senado de la República. Vale la pena destacar que en el numeral 2° del informe de ponencia, se explicó con claridad los objetivos buscados con esta iniciativa legislativa, en completa armonía con lo planteado en la exposición de motivos:

*“Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro a setenta años. Por una parte, se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta... para el manejo de funciones públicas... delicadas, y **por otra, se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años de edad.***

*La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que **la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria**, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, deberá continuar cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía en que lo venía haciendo con antelación, **así haya completado ya los requisitos para obtener su pensión**”.* (Se destaca).

En la misma ponencia se propuso a la plenaria del Senado acoger el texto del proyecto que fue aprobado en la Comisión Séptima de dicha corporación. Posteriormente, la Mesa Directiva del Senado dispuso que se constituyera una subcomisión de senadores, para que estudiara las inquietudes planteadas por varios miembros de esa corporación pública en sesión ordinaria del 6 de diciembre de 2016 y presentara un informe al respecto. El informe solicitado fue entregado al Presidente del Senado en comunicación del 12 de diciembre de 2016, y del mismo se destaca lo siguiente:

- (i) Objeto del proyecto de ley: Se explica que pretende ampliar de 65 a 70 años la edad máxima de retiro para las personas que ejercen funciones públicas, sin modificar el régimen pensional vigente. Asimismo señala que el proyecto de ley **“consagra unas excepciones contenidas en el Decreto 3074 de 1968 relacionado con los cargos de elección popular y otros”**.
- (ii) En el acápite segundo del informe, se incluyó un literal denominado **“CONCURSO DE MERITOS – DERECHOS ADQUIRIDOS”**, en el cual, luego de citar el artículo 58 de la Constitución Política, que se refiere a la protección de los derechos adquiridos con justo título, y de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos que generan los concursos de méritos y la inclusión de una persona en la respectiva lista de elegibles, se concluyó lo siguiente:

**“Frente al caso en concreto y teniendo en cuenta las listas de elegibles vigentes ante la posibilidad de una reforma legal que varía la edad máxima de retiro, es necesario señalar que la convocatoria a un concurso se hace señalando los cargos que van a ser llamados a proveer y excepcionalmente se realizará una lista de elegibles indicando que los cargos que queden vacantes en el transcurso de un tiempo límite serán ocupados por quienes continúen en orden descendente de puntaje.**

*Como se aprecia **la primera situación genera derechos ciertos a quienes concursaron y obtuvieron el primer puesto en la lista de elegibles, razón por la cual esos derechos no podrán ser modificados por el legislador, caso contrario ocurre cuando el nombramiento se deja sometido a una condición o a la generación de un hecho posterior, caso en el cual no se trata de derechos adquiridos, sino de meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislador...*** (Resaltamos).

En el mismo sentido, se destaca que la ley no pretendió desconocer los derechos de quienes ya se encontraban en los primeros lugares de la lista de elegibles respecto de los cargos llamados a proveer (lo cual tampoco podría haber hecho), dada además la calidad de derecho adquirido que el legislador consideró tenían estas personas.

(iii) En relación con la vigencia de la ley que se tramitaba y su aplicación en el tiempo, se explicó lo siguiente en el mismo literal:

**“Las modificaciones planteadas en el proyecto de ley se aplicarán hacia el futuro, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la ley, de conformidad con lo señalado en el artículo 4º del proyecto, que trata sobre la vigencia de la norma y contiene las cláusulas derogatorias.**

*La edad máxima de retiro planteada en el presente proyecto se aplicará para quienes se encuentren en el desempeño de funciones públicas **no obstante, no se aplicará a quienes ya hayan cumplido 65 años de edad una vez esta ley haya entrado en vigencia, debido a que las personas en mención cumplieron la edad con la norma anterior.***

*Por último, frente a las inquietudes planteadas en la sesión de la Plenaria sobre la irretroactividad de la ley, **proponemos adicionar la siguiente expresión en el artículo segundo “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, con el fin de precisar en el texto que la aplicación de la misma se hará solamente para las personas que cumplan la edad una vez la misma haya entrado en vigencia y no con quienes la cumplan antes, ya que la vacancia de estos cargos se habrá producido con la normatividad actual que señala que quienes cumplen 65 años deben ser retirados del cargo.*** (Negrillas ajenas al texto original).

Con esta explicación, el legislador reitera su intención para que quienes ya hubieran cumplido la edad de retiro forzoso, no se entendieran incluidos en los supuestos fácticos establecidos en el proyecto de ley.

(iv) Con estas consideraciones, los congresistas que suscribieron el informe solicitaron a la plenaria del Senado debatir y aprobar en segundo debate el proyecto de ley que nos ocupa, incluyendo la modificación sugerida en el texto del artículo 2º.

El anterior informe de la subcomisión, junto con el texto del proyecto de ley propuesto por aquella (con el ajuste indicado en el artículo 2º), fue aprobado por la plenaria del Senado de la República el 14 de diciembre de 2016.

Sin embargo, dado que se presentaban diferencias entre el texto aprobado por la Cámara de Representantes y el aprobado por el Senado, se designó una comisión de conciliación para que estudiara las diferencias y presentara a las respectivas plenarios el informe respectivo con el texto conciliado.

En el citado informe se expresó que se acogía el texto aprobado en la plenaria del Senado, el cual **“recoge en su integridad lo aprobado en la Cámara de Representantes e incorpora algunas disposiciones aprobadas por las diferentes bancadas”** (resaltamos), y se agregó: **“Por lo anterior, hemos decidido acoger el texto aprobado en Segundo Debate por la Plenaria del Senado haciendo una modificación al artículo segundo acorde con lo aprobado en la Cámara de Representantes, así como el título aprobado por esta”** (se subraya).

Dicho informe, con el texto conciliado que se proponía, fue aprobado por las plenarios de la Cámara de Representantes (el 22 de diciembre de 2016) y del Senado de la República (el 23 de diciembre del mismo año).

De esta forma quedó eliminada del texto definitivo del proyecto de ley la frase *“salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”*, que estaba incluida en el artículo 2º del proyecto aprobado en último debate por la plenaria del Senado, sin que aparezcan otras explicaciones o consideraciones sobre las razones por las cuales se suprimió dicha frase.

### C. Interpretación del artículo primero (segundo inciso) de la Ley 1821 de 2016: personas excluidas de la edad de retiro forzoso. Decretos de yerros

Tal como atrás se indicó, el artículo 1º de la Ley 1821 dispone que la edad máxima de retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. El inciso segundo del mismo artículo preceptúa: *“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968”*.

Como se manifiesta en la consulta, la referencia que esta disposición hace al artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 resulta confusa y da lugar a distintas interpretaciones, como quiera que la citada norma modificó y subrogó varias disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968, y no solamente el artículo 29 de este último, que es el que contiene el listado de los cargos que fueron eximidos de la causal de retiro forzoso por edad, mediante la remisión que a dicha norma hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

En efecto, además del citado artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 1º del Decreto Ley 3074 del mismo año modificó o subrogó los siguientes artículos del Decreto 2400, total o parcialmente: 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 25, 42, 44, 53, 55, 63 y 65, los cuales se refieren a diversos temas del régimen legal de los empleados públicos que trabajan al servicio de la Rama Ejecutiva.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto Ley 2400 de 1968, este “*regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”. El artículo 1º del Decreto 1950 de 1973, que reglamentó los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, precisó que dicha normatividad se aplica al “*personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa*”.

Así, de la remisión que el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 hace al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, podría concluirse, en principio, que aquella norma exceptúa de la edad de retiro forzoso a todos los empleados civiles que prestan sus servicios para la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, exceptuando el personal del ramo de defensa.

Sin embargo, aun con este alcance restringido, dado por el Decreto Reglamentario 1970 de 1973, esta interpretación de la excepción al retiro forzoso por la edad prevista en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, terminaría siendo supremamente amplia, si se tiene en cuenta que hasta la fecha de publicación de la citada ley, solamente estaban eximidos de esta causal de retiro los funcionarios taxativamente indicados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año), además de los servidores públicos de elección popular y período fijo, tal como lo había manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C-351 de 1995, antes citada, y en otras providencias posteriores.

Por eso se ha dado también la interpretación de que al referirse al artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968, el legislador quiso aludir realmente al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por la norma citada, que es el que señala cuáles empleados estaban eximidos de la prohibición de reintegro al servicio público después de haber sido retirados por alcanzar el derecho a la pensión, e indirectamente señalaba (por la remisión que hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968), aquellos que estaban exceptuados del retiro forzoso por la edad.

La Sala observa que podría haber, incluso, un tercer entendimiento de la misma norma, a saber: que al exceptuar los empleados mencionados en el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, lo que el legislador quiso fue eximir a dichos servidores del aumento en la edad de retiro forzoso prescrita por el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 y, por lo tanto, de la aplicación de dicha ley, con lo cual estos empleados se seguirían rigiendo por la normatividad anterior. Así, entonces, a la luz de tal hermenéutica, los empleados públicos de la Rama Ejecutiva en el orden nacional continuarían sujetos a la edad de 65 años para su retiro forzoso, con excepción de los mencionados en los artículos 31 y 29 del Decreto 2400



de 1968 (modificado por el 3074 del mismo año), quienes continuarían eximidos de esa causal de retiro.

Lo anterior permite afirmar, entonces, que el sentido del segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 no es claro, por cuanto puede dar lugar a diversas y opuestas interpretaciones, lo que habilita a la Sala para investigar la intención o el espíritu real del legislador, revelado en los antecedentes de la norma, tal como lo prescribe el artículo 27 del Código Civil:

*“Artículo 27. Cuando **el sentido de la ley sea claro**, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, **para interpretar una expresión oscura de la ley**, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.* (Resaltamos).

Destaca la Sala que esta regla de interpretación no resulta aplicable solamente cuando el tenor literal de una norma sea confuso, como podría concluirse desde un punto de vista excesivamente formalista y exegético, es decir, cuando la regla de derecho incorporada en una disposición (artículo, párrafo, inciso etc.) aparezca escrita en términos ininteligibles, confusos, incompletos o incorrectos, desde el punto de vista lingüístico, semántico o gramatical; sino que, en general, esa regla puede aplicarse cuando el “*sentido de la ley*” no sea claro o cuando la expresión normativa resulte “oscura”, como lo dice expresamente el artículo 27 del Código Civil, lo cual puede ocurrir por varias razones, además de la simple incorrección, confusión u oscuridad del lenguaje.

En efecto, bien puede ocurrir que una disposición sea completa, desde el punto de vista gramatical, además de entendible y correcta, desde el punto de vista idiomático, pero que su sentido, significado o alcance resulte, sin embargo, confuso u oscuro, **desde un punto de vista lógico-jurídico**, pues derive en una regla de derecho absurda, inaplicable, ostensiblemente injusta o evidentemente opuesta a la Constitución Política, al sentido general de la ley de la cual forme parte, a la finalidad perseguida por la misma o a otras normas contenidas en el mismo cuerpo normativo.

En todos estos casos, la Sala entiende que la regla de interpretación prevista en el artículo 27 del Código Civil puede ser válidamente aplicable. Vale la pena aclarar que no se trata en estas situaciones de *sustituir* el texto de la ley por la disposición que el intérprete considere justa y conveniente, o por el sentido que él quisiera darle, si fuese el legislador, sino de “*recurrir a su intención o espíritu*” (el de la ley), “*claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento*”, como lo preceptúa la misma norma citada.

En el caso que nos ocupa, la frase “*ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968*”, incluida en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, resulta correcta desde el punto de vista gramatical y es perfectamente entendible en el idioma español. Sin embargo, el sentido o el significado de dicha expresión normativa no resulta claro, desde el punto de vista lógico-jurídico, por las razones indicadas con anterioridad,

ya que parece contraria, a primera vista, a la finalidad perseguida por el legislador y da lugar a, por lo menos, tres interpretaciones distintas e incompatibles entre sí<sup>210</sup>.

Por esto es necesario indagar el propósito o la finalidad perseguida por el legislador, examinando en lo pertinente el trámite surtido por el correspondiente proyecto de ley.

Conforme al recuento efectuado en el acápite anterior sobre los antecedentes de la Ley 1821, el proyecto de ley inicialmente presentado por un grupo de congresistas no pretendía aumentar la edad de retiro forzoso para todos los servidores públicos, sino exclusivamente para aquellos que ocuparan posiciones directivas o decisorias en las tres ramas del poder público, en los organismos de control, en la organización electoral y en otras entidades y organismos, además de los particulares que ejercieran funciones públicas de forma permanente. Fue solo hasta el segundo debate del proyecto en la plenaria de la Cámara de Representantes, que se sugirió y se acogió extender el incremento de la edad de retiro forzoso a todos los servidores públicos. Sin embargo, en dicha ocasión no se planteó ninguna excepción a la nueva regla.

Pero en la ponencia para primer debate en el Senado de la República (Comisión Séptima), los respectivos ponentes propusieron un pliego de modificaciones, dentro del cual solicitaron añadir un inciso al artículo primero, del siguiente tenor:

*“Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968”.*

Como se aprecia, tal disposición es igual al inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, tal como se publicó en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 2016 (salvo la expresión “Decreto Ley”, que fue sustituida por “Decreto-ley”).

Aunque no se explicó en el informe de ponencia lo que se pretendía con dicha adición, los ponentes lo explicaron luego, en forma sucinta, cuando propusieron algunos ajustes en el texto del proyecto que iban a someter a consideración de la respectiva comisión senatorial. Allí mencionaron que los cambios en el artículo 1º pretendían evitar confusiones en el entendimiento de “... una disposición que en verdad puede ser sencilla y prístina: el retiro forzoso del cargo a los setenta años para todas las personas que desempeñan funciones públicas, **salvo las excepciones que allí se establecen**”.

En el mismo sentido, la subcomisión designada por la Mesa Directiva del Senado de la República explicó en su informe lo siguiente sobre el objeto del proyecto de ley que se discutía:

*“El proyecto pretende ampliar de 65 a 70 años la edad máxima de retiro para (palabra borrada) los trabajadores que ejercen funciones públicas, pero sin reformar el régimen pensional vigente. **Consagra a su vez unas excepciones contenidas en el Decreto 3074 de 1968 relacionado con los cargos de elección popular y otros**”.*

210 Cada una de las cuales podría ser entendida como una norma o “regla de derecho” distinta.

Vale la pena recordar que este informe fue sometido a consideración del Senado en pleno y aprobado por dicha corporación.

Como se infiere, entonces, la intención real del legislador, desde que se introdujo el inciso segundo en el artículo 1° del proyecto de ley, fue la de mantener exceptuados del retiro forzoso por edad a empleados públicos que ya estaban eximidos de dicho deber por el Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, y por la jurisprudencia constitucional (como ocurre con los servidores públicos de elección popular).

Solo que por una evidente falta de técnica legislativa, en lugar de referirse a la norma original que consagraba la excepción, es decir, el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, o a la disposición a la cual aquella remitía, esto es, el artículo 29 del mismo decreto, tal como fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, el legislador se refirió únicamente a este último precepto, el cual, como se explicó, no solamente modificó el artículo 29 del Decreto 2400, sino otros varios artículos del mismo decreto.

Ahora bien, la conclusión a la que se ha llegado sobre la verdadera intención del legislador con el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, a la luz de la “*historia fidedigna de su establecimiento*”, es decir, mediante su interpretación histórica, se encuentra apoyada, además, en elementos hermenéuticos de tipo sistemático y finalista.

En efecto, debe notarse que tanto los “*funcionarios de elección popular*” como “*los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968*”, se hallan incluidos en el mismo segmento normativo y se sujetan, por lo tanto, a la misma consecuencia jurídica, a saber: que a ninguno de ellos se les aplicará lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 1821 (retiro forzoso a los 70 años).

Sin embargo, no existen dudas de que los “*funcionarios de elección popular*” no están sujetos al retiro forzoso por la edad, pues así se estableció desde que se introdujo el citado inciso, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que lo había señalado claramente desde 1995.

En esa medida, si lo que dispone el inciso segundo para dichos funcionarios es que no están sometidos a esta causal de retiro, necesariamente debe concluirse que la misma consecuencia se aplica a los empleados “*mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968*”, es decir, que estos tampoco se encuentren sujetos a dicha forma de retiro, pues no podrían deducirse efectos jurídicos diferentes para los dos grupos de servidores allí mencionados.

Lo anterior permite descartar la interpretación de que la norma que se comenta haya dejado a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva en la misma situación en que se encontraban antes de la Ley 1821, es decir, sujetos a una edad de retiro forzoso de 65 años, con excepción de los funcionarios eximidos de dicha limitación por los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, pues resultaría completamente ilógico y arbitrario, frente a los antecedentes de la ley, sostener que algunos de los empleados mencionados en el

segundo inciso del artículo 1° de la Ley 1821 quedaron exceptuados de esta causal de retiro, mientras que otros continuaron sujetos al deber de retiro forzoso, pero a los 65 años de edad.

Debe recordarse, además, que si bien la intención inicial de quienes presentaron el respectivo proyecto de ley, era la de aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años únicamente para ciertos servidores públicos (los que ocuparan cargos “directivos o decisorios”), manteniendo para los demás la misma edad de retiro forzoso que se encontraba vigente (65 años), esta orientación fue modificada consciente y expresamente a partir del tercer debate del proyecto (primer debate en el Senado de la República), por sugerencia del Ministerio de Hacienda y por solicitud de varios senadores, en el sentido de extender la nueva edad de retiro forzoso a todas las personas que cumplieran funciones públicas, es decir, tanto los servidores públicos como los particulares que ejercieran funciones públicas en forma permanente, con las salvedades que más adelante se incorporaron en el segundo inciso del artículo 1° de dicha iniciativa.

No es posible concluir por lo tanto, desde un punto de vista lógico-sistemático ni desde una perspectiva histórica y finalista, que a partir de la expedición de la Ley 1821 de 2016, algunos servidores públicos hayan quedado sometidos a la nueva edad de retiro forzoso (70 años), mientras que otros sigan estando sujetos a la edad de retiro anterior (65 años).

Por otro lado, es necesario recordar que el objeto principal del proyecto de ley que derivó en la Ley 1821, fue, desde su presentación, el de aumentar la edad de retiro forzoso, inicialmente para ciertos servidores públicos y para los particulares que cumplieran funciones públicas de modo permanente, y más adelante, para todas las personas que cumplieran funciones públicas (incluidos servidores públicos y particulares).

En ninguna parte de los antecedentes de la ley consta que con ella se hubiese pretendido eximir de esta causal de retiro forzoso a determinados servidores públicos o a particulares que cumplieran funciones públicas y que, **de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a** esta modalidad de retiro.

Por el contrario, en la versión original del proyecto de ley se planteaba establecer la nueva edad de retiro forzoso para un determinado grupo de servidores públicos, algunos de los cuales estaban eximidos de dicha restricción por los Decretos 2400 y 3074 de 1968 (como el Presidente de la República, los ministros o los viceministros, entre otros), sin recoger expresamente tal excepción. Más adelante, cuando la nueva edad de retiro forzoso se extendió a todos los servidores públicos, tampoco se incluyó inicialmente excepción alguna y solo después se advirtió la necesidad de exceptuar de esta causal de retiro a los funcionarios que ya estaban exentos de la misma por las normas vigentes a la sazón.

De esta manera, concluir que lo que dispone el segundo inciso del artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, en su parte final, es que todos los empleados de la Rama Ejecutiva en el orden nacional quedaron eximidos de la causal de retiro forzoso por la edad, resultaría

contraevidente con los antecedentes de la Ley 1821, y ajeno al objetivo inmediato perseguido por el legislador.

En esa medida, la única conclusión que, a juicio de la Sala, resulta fiel a los antecedentes de la norma (interpretación histórica), a la finalidad perseguida con la Ley 1821 de 2016 (interpretación teleológica), a las otras partes de la misma ley, empezando por el artículo 1° en su integridad (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), es que el citado inciso eximió de la causal de retiro forzoso por edad (la de 70 años o cualquier otra) a los servidores públicos de elección popular y a aquellos que señala el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, es decir, quienes ocupen los cargos de “*Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados*” de estos funcionarios.

### **Sobre la posibilidad de corregir la norma mediante un “decreto de yerros”**

En la consulta también se indaga si el error cometido por el legislador en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, al hacer referencia al artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, puede ser corregido mediante un decreto por el Gobierno nacional. A este respecto, vale la pena recordar lo que dispone el artículo 45 de la Ley 4 de 1913<sup>211</sup>:

*“Artículo 45. Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”.*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y la doctrina de esta Sala, han entendido, en forma prácticamente unánime, que esta norma, a pesar de ser anterior a la Constitución de 1991, se encuentra vigente y no se opone a la Carta Política, en la medida en que constituye una aplicación de la potestad de “*promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”, asignada al Presidente de la República en el artículo 189, numeral 10° de la Constitución.

En tal virtud, el Gobierno puede, mediante decreto, corregir los yerros puramente “tipográficos o caligráficos” que se presenten en las citas o referencias que se hagan en las leyes sobre otras leyes o normas jurídicas, siempre que no se altere en nada el sentido material de la norma que se corrige ni quede duda alguna en cuanto a la voluntad del legislador.

El artículo 45 de la Ley 4 de 1913 alude a dos tipos de errores: (i) los tipográficos y (ii) los caligráficos. Los primeros se refieren a los **yerros de imprenta** que pueden darse en

211 “Sobre régimen político y municipal”.

el proceso de promulgación de la ley, es decir, las divergencias que pueden darse entre el texto aprobado por el Congreso de la República y el publicado en el *Diario Oficial*, luego de sancionado por el Presidente de las República, o el publicado en la *Gaceta del Congreso*, antes de la sanción, entre otros casos.

La facultad de corregir esta clase de yerros no tiene mayor discusión ni reviste gran complejidad, en tanto se trata de un error material en el que se incurre en una operación técnico-administrativa, como es la impresión de un texto, que hoy en día se realiza inclusive de forma automática. Se trata, simplemente de constatar el yerro mediante los documentos idóneos, como las actas de las diferentes sesiones del Congreso de la República, la gaceta de dicho órgano, las diversas comunicaciones que se cursan entre el Congreso, la Presidencia de la República y la Imprenta Nacional etc.

Por tal razón, la Corte Constitucional afirmó, en la sentencia C-520 de 1998<sup>212</sup>, que esta clase de equivocaciones podría subsanarse, incluso, publicando de nuevo la ley en el *Diario Oficial* (con el yerro corregido), sin que tal operación afecte la vigencia y obligatoriedad de la misma.

Mucho más compleja resulta la situación de los yerros “caligráficos”, es decir los errores de escritura, que no se limitan simplemente a la impresión tipográfica de un texto, sino a la discordancia entre la voluntad del legislador (ordinario o extraordinario) y las palabras que utilizó para plasmar su voluntad en un determinado texto, porque la corrección de tales errores supone, necesariamente, un ejercicio de interpretación, por simple que parezca, en el cual es necesario investigar cuidadosamente los antecedentes de la disposición respectiva y, por esta vía, la intención verdadera del legislador. Estas equivocaciones pueden originarse en cualquiera de las etapas de formación de una ley, cuando resulte evidente que lo que el legislador quiso ordenar o disponer fue algo distinto de lo que efectivamente quedó consignado por escrito.

Si bien la jurisprudencia permite que este tipo de yerros sea corregido por el Gobierno nacional mediante decreto, en ejercicio de la facultad que se comenta, también ha advertido igualmente que en estos casos debe hacerse un uso moderado, cuidadoso y razonable de dicha atribución, para no modificar materialmente la decisión del legislador y no interferir en las competencias del mismo Congreso de la República y de otras autoridades del Estado, como la potestad que la Constitución le otorga al legislador para “interpretar, reformar y derogar las leyes” (artículo 150 numeral 1º), o la que tiene la Rama Judicial para interpretar las normas jurídicas, de acuerdo con los métodos y las reglas de interpretación fijados por la ley y desarrollados por la misma jurisprudencia<sup>213</sup>.

En el caso que nos ocupa, la referencia al “artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968”, contenida en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1821, no corresponde ciertamente a un error tipográfico, pues desde que dicho inciso se adicionó al artículo 1º en el trámite del proyecto de ley, se hizo mención a esa misma norma, referencia que se mantuvo hasta la aprobación definitiva del proyecto. Se trata sí, de un error caligráfico o de escritura,

212 Corte Constitucional, sentencia C-520 del 23 de septiembre de 1998, expediente D-1990.

213 Entre ellos, el método de interpretación histórica.

ya que, como se ha demostrado, la intención del legislador fue la de referirse solamente a una parte de la norma, que lista los funcionarios públicos exceptuados de la edad de retiro forzoso, por lo que probablemente quiso aludir solamente al artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, y no a este último.

Por otro lado, observa la Sala que en este yerro caligráfico se incurrió al hacerse referencia a una norma con fuerza de ley (el Decreto 3074 de 1968), en otra norma legal (el artículo 1° de la Ley 1821), con lo que dicha situación se enmarca precisamente en el supuesto de hecho descrito en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913, cuando alude a “*las citas o referencias de unas leyes a otras*”. La Sala precisa que la expresión “leyes” utilizada en la disposición citada no se refiere solamente a las leyes en sentido formal (las que expide el Congreso de la República), sino a todas las normas jurídicas que materialmente tienen fuerza legal, como los decretos expedidos por el Gobierno nacional en desarrollo de facultades extraordinarias que le otorgue el Congreso. De no ser así, los yerrores tipográficos o caligráficos que se llegaran a detectar en tales decretos no podrían ser corregidos sino por el legislador, o por el mismo Gobierno, en ejercicio de las mismas o de nuevas facultades extraordinarias.

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno nacional podría, en principio, corregir el yerro caligráfico que se observa en el artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, sustituyendo la expresión “*artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968*”, por “*artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968*”. Sin embargo, esta solución se enfrenta a una vicisitud adicional que se origina en el mismo texto de la ley. En efecto, al revisar el artículo 4° de la Ley 1821, que regula su vigencia y las derogatorias, se aprecia que entre las normas derogadas expresamente, se incluyó el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el “artículo 29” del Decreto 3074 de 1968. En efecto, la norma citada estatuye:

**“Artículo 4°.** *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los **Decretos-Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29)**, y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)*”. (Se resalta).

Dado que el artículo 29 del Decreto 3074 **no existe**, pues dicho decreto solamente tiene dos artículos, el segundo de los cuales se refiere a su vigencia, la alusión que el artículo 4° de la Ley 1821 hace al Decreto 3074 de 1968 (artículo 29) obedece, claramente, a un nuevo error de técnica legislativa. Posiblemente el legislador quiso referirse al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, aunque no existe, en los antecedentes de la ley, una evidencia clara que permita confirmar o descartar esta asunción.

Como se recordará, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 fue el que estableció la excepción al deber de retiro forzoso por la edad para ciertos funcionarios públicos, que aparecen o aparecían señalados en el artículo 29 *ibidem*, al cual remitía la primera norma ci-

tada. El artículo 29, por su parte fue modificado y subrogado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968.

Al revisar los antecedentes de la Ley 1821 de 2016, puntualmente en relación con el artículo 4° (vigencia y derogatorias), se observa que desde el proyecto de ley original hasta su aprobación definitiva, se hizo referencia al Decreto “3074 de 1968 (artículo 29)”. No se trata, por lo tanto de un error tipográfico sino caligráfico.

Tal yerro se originó, entonces, al referirse a una disposición que no existe. Aunque la derogatoria de una norma inexistente resulta absolutamente inocua o ineficaz, resultaría conveniente en este caso hacer la respectiva corrección, porque podría pensarse que la norma que el legislador quiso derogar fue el artículo 29 **del Decreto 2400 de 1968**, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968. De ser esto así (sobre lo cual no hay prueba contundente), el error se habría consumado en todo caso, al no haberse actualizado el contenido del artículo 4° del proyecto de ley, especialmente en relación con las normas que serían objeto de derogatoria expresa, frente a los cambios que el legislador hizo posteriormente en otras disposiciones del proyecto.

En efecto, en el proyecto de ley original, la derogatoria (presunta) del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 resultaría coherente, pues en dicha versión del proyecto la edad de retiro forzoso se fijaba en 70 años solo para algunos empleados del Estado y para los particulares que ejercieran funciones públicas, **sin establecer excepciones** entre dicho grupo. No obstante, más adelante, cuando se propuso extender la nueva edad a todas las personas que ejercieran funciones públicas y se detectó la necesidad de señalar excepciones, la derogatoria (presunta) del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 devino ya contradictoria e incompatible con la intención expresa del legislador de eximir de esta causal de retiro a ciertos funcionarios públicos (básicamente los mismos que estaban exceptuados en ese momento).

En esa medida, el Gobierno nacional podría corregir este nuevo yerro caligráfico, en desarrollo de la potestad que se ha comentado. Sin embargo, al hacer la respectiva corrección, tendría, en principio, las siguientes opciones: (i) hacer referencia al **artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968** (modificado por el Decreto 3074 de 1968); (ii) referirse al **artículo 1° del Decreto 3074 de 1968**, o (iii) hacer alusión al Decreto 3074 de 1968, en general, sin mencionar el artículo 29.

En el primer caso, el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, quedaría derogado expresamente, por lo cual no podría hacerse referencia a dicha norma en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, pues no puede la ley remitirse en forma permanente a una disposición que se encuentra derogada. Debe recordarse en este punto lo prescrito por el artículo 14 de la Ley 153 de 1887:

*“Artículo 14. Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”.*



En la segunda hipótesis, es decir, de optarse por hacer referencia al artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, quedaría derogada dicha norma y, con ella, todas las modificaciones efectuadas por la citada disposición a varios artículos del Decreto 2400 de 1968, entre ellos, el artículo 29.

Finalmente, de acogerse la tercera alternativa, es decir, de eliminarse la referencia que se hace, entre paréntesis, al “artículo 29” del Decreto 3074 de 1968, y dejar solamente la alusión a dicho decreto, en general, podría interpretarse que el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 permanece vigente, por lo cual resultaría armoniosa dicha corrección con la que se hiciera en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821.

En efecto, el artículo 4º de dicha ley dispone que la misma “*deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1959 de 1973...*”. (Destacamos).

Tal precepto, correctamente entendido, no significa, como podría creerse a primera vista, que derogó expresamente los decretos citados en su integridad, incluyendo todas sus normas, sino que derogó **las disposiciones contenidas en esos decretos que resulten contrarias u opuestas** a la Ley 1821 de 2016, así como aquellas otras normas que se mencionan expresamente (por ejemplo, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 o el artículo 2.2.6.1.5.3.13. del Decreto 1069 de 2015).

En esa medida, al efectuarse la corrección que se señala en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, y simultáneamente, corregir el otro yerro que existe en el artículo 4º de la misma ley, eliminando la referencia al “*artículo 29*” del Decreto 3074 de 1968, se entendería que el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, no resulta contrario o incompatible con lo normado en la Ley 1821, razón por la cual no habría quedado derogado.

#### **D. Interpretación de los artículos segundo (2º) y cuarto (4º) de la Ley 1821 de 2016. Irretroactividad de la ley**

Uno de los problemas jurídicos principales que se plantean en la consulta es el de la aplicación de la Ley 1821 a las personas que cumplan funciones públicas (servidores públicos o particulares) y que, a la fecha promulgación de la misma (30 de diciembre de 2016), habían cumplido ya la edad de retiro forzoso prevista en el régimen anterior (65 años), pero que, por diversas razones, seguían ejerciendo sus funciones. La duda se plantea especialmente en relación con el artículo 2º de la citada ley, que dispone:

*“Artículo 2º. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en*

*el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.*

A este respecto, se afirma en la consulta:

*“De la literalidad del referido artículo 2 desprevenidamente se podría concluir que las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y se encuentren en ejercicio de funciones públicas pueden permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los 70 años”.*

En primer lugar, la Sala considera necesario aclarar que en este punto no se aborda la situación especial de los funcionarios públicos cuyas funciones estén sometidas por la Constitución Política o la ley a un período fijo, para los cuales podrían existir consideraciones jurídicas particulares.

Ahora bien, luego de efectuar una interpretación gramatical, sistemática, histórica y finalista del artículo 21 de la Ley 1821, la Sala puede sostener claramente que tal disposición no se refiere a las personas que hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso (estando sujetas a esta) **antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821**, por lo que lo preceptuado en dicha norma y, en general, en la Ley 1821 de 2016, no los afecta.

Para demostrar este aserto, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Entre las varias reglas de interpretación de la ley que contiene el Código Civil (en sus artículos 25 a 32) y que han sido ampliamente acogidas y desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina, merece la pena destacar, en este punto, la consignada en artículo 30 *ibidem*:

**“Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.**

*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.* (Se resalta).

La norma anterior consagra la denominada interpretación sistemática o “por contexto”, que resulta indispensable para entender el sentido auténtico de cualquier disposición.

A este respecto, cuando se habla del contexto de una norma, lo primero que debe considerarse detenidamente es lo que establece esa misma disposición **en su integridad**, esto es, en todas sus partes (el título, si lo tiene, y sus diferentes incisos, párrafos, numerales etc.). En esa medida, no resulta adecuado, desde el punto de vista hermenéutico, tomar aisladamente un segmento o parte de una norma, o algunos apartes de la misma, para deducir de allí la “regla de derecho” que presuntamente creó el legislador. De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que la siguiente oración, contenida en el artículo 2° de la Ley 1821, interpretada **literal y aisladamente**, podría llevar a la conclusión que se

plantea como hipótesis en la consulta: “*Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales)...*”. Sin embargo, la lectura cuidadosa **y completa** de la disposición de la cual forma parte dicha frase, es decir, el artículo 2° de la citada ley, no permite llegar a dicha conclusión, sino a una completamente diferente, la cual se ratifica con lo previsto en el artículo 4° de la ley y en otras normas a las cuales se refiere (como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

En efecto, lo primero que debe observarse es que ninguna parte del artículo 2° de la Ley 1821 de 2016 (ni, en general, de dicha ley) se refiere expresamente a las personas que hubiesen cumplido 65 años al momento de entrar en vigencia la citada ley, ni menciona, en general, la situación de quienes hubiesen llegado a la edad de retiro forzoso que les fuera aplicable de acuerdo con la normatividad anterior.

La primera parte del artículo segundo dispone que “*la presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación*”, lo que permite inferir, de entrada, que el objeto de dicha norma es el de regular la interrelación que puede existir (y que de hecho existe, como más adelante se verá) entre la pensión de jubilación, la edad máxima de retiro y la salida del servicio público (o, según el caso, la cesación en el ejercicio de las funciones públicas ejercidas por un particular). El propósito específico de esta parte de la norma, tal como quedó registrado en varias etapas del proceso legislativo, no fue otro que el de aclarar que, a pesar del aumento en la edad de retiro forzoso, los requisitos sustanciales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, es decir, la edad y el número de cotizaciones o el tiempo de servicio, siguen siendo los mismos que se encuentran previstos hoy en día en el régimen general de seguridad social (Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, principalmente).

Sobre este punto, en la ponencia para primer debate del respectivo proyecto de ley, en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, se dijo escuetamente: “*El proyecto cuenta con 4 artículos. (...) el artículo 2, realiza la salvedad que esta ley, no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación; (...)*”.

A continuación, el artículo 2° de la Ley 1821 ofrece a las personas cobijadas por la misma una opción que no tenían, de manera general, bajo la legislación anterior, y de paso, elimina una restricción que dicha normatividad establecía, todo lo cual termina siendo confirmado por la última parte de la norma. En efecto, la segunda parte dispone, de manera completa:

“*Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), **aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación***”. (Se resalta).

Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, “acceda” al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1° de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años).

Este entendimiento de la norma resulta confirmado especialmente por lo dispuesto en la última parte del artículo y en los respectivos antecedentes legislativos. En efecto, la parte final del artículo estatuye: “*A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003*”.

Para entender esta disposición, es importante aclarar, en primer lugar, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 no tiene un parágrafo 3°, sino que dicha norma subrogó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificando, entre otros, el parágrafo 3° de esta última. En esa medida, debe citarse lo que dispone el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100, tal como fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797:

*“Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. (...)*

*Parágrafo 3°. **Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.***

*Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, **el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones**”.* (Se resalta).

Es pertinente mencionar que este precepto fue demandado ante la Corte Constitucional, la cual lo declaró exequible condicionalmente, en la sentencia C-1037 de 2003<sup>214</sup>, en los siguientes términos:

214 Corte Constitucional, Sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003, expediente D-4590.

*“Declarar EXEQUIBLE el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 (sic), siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión **no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente**”.* (Resaltamos).

Como se observa, lo que dispone el párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, con el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, es que el hecho de que un trabajador particular o un servidor público cumpla con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación en el régimen de prima media con prestación definida (que es al cual se refiere dicha norma) y se le notifique en debida forma su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo (en el caso de los particulares y de los trabajadores oficiales) o la relación legal o reglamentaria (en el caso de los empleados públicos).

Desde luego que dicha norma, en el caso de los servidores públicos o de los particulares que ejerzan funciones públicas y estén vinculados laboralmente, resultaba incompatible con la opción de permanecer en el cargo establecida en el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, por lo cual era necesario aclarar que a las personas que hagan uso de esta opción no se les aplica *“lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”*. Así lo manifestó expresamente la “comisión accidental” designada por la Cámara de Representantes para rendir un informe sobre la ponencia para segundo debate del respectivo proyecto de ley:

*“Lógicamente, si la persona opta por permanecer en el cargo hasta los 70 años, no puede tener aplicación esta disposición legal”,* refiriéndose en este caso al *“párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”*.

Merece la pena aclarar que la Ley 1821 no modificó ni suprimió la referida disposición de la Ley 100 de 1993, pues el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación en el régimen de prima media y la inclusión del empleado en la nómina de pensionados, siguen constituyendo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, según el caso, para los trabajadores particulares y para aquellos servidores públicos que no *“se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo”* (por ejemplo, si un servidor público, después de reconocida la pensión y de ser incluido en la nómina de pensionados, no manifiesta su deseo de permanecer en el cargo que ocupa y, en consecuencia, que se le postergue el pago de la respectiva pensión).

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que esta causal de retiro no es nueva para los servidores públicos. De hecho, como se explicó en el acápite A) de este concepto, dicha causal estaba prevista, entre otras normas, en los artículos 25 (literal d) y 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificados por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968; 105 (numeral 6°) y 124 del Decreto Reglamentario 1950 de 1975.

Lo que sucede es que el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y otros decretos posteriores dictados por el Gobierno nacional, eximieron a varios funcionarios públicos de dicha

causal de retiro. Asimismo, normas como las Leyes 33 de 1985 (artículo 1º, inciso 3º), 71 de 1988 (artículos 8º y 9º) y 100 de 1993 (artículo 150, parágrafo), morigeraron y luego eliminaron esta causal de retiro para los servidores públicos. No obstante, la misma fue restablecida de manera general para los trabajadores particulares y los servidores públicos en la Ley 797 de 2003.

En este sentido, la “*opción voluntaria de permanecer en el cargo*”, a que se refiere el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, **a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse**, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

Las consideraciones anteriores permiten entender claramente que el artículo 2º de la Ley 1821 se reduce a establecer dos reglas de derecho, a saber:

- (i) Que dicha ley no modifica los requisitos previstos en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; y
- (ii) Que las personas que ejerzan funciones públicas no están obligadas, a partir de la vigencia de la citada ley, a retirarse de sus cargos **al cumplir los requisitos para pensionarse**, sino que pueden seguir ejerciendo sus funciones hasta cumplir la edad de retiro forzoso (70 años).

Así entendida la norma, se aprecia con claridad que la misma no se refiere de ninguna forma y en ningún sentido (favorable o desfavorable) a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 y que, por cualquier motivo, sigan ejerciendo funciones públicas.

Es necesario recordar que actualmente la edad exigida por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación **no es de 65 años**, sino de **62 para los hombres y de 57 para las mujeres**, tal como lo disponen los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, modificado el primero de ellos por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, de la opción que consagra el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 disponen los hombres y las mujeres que ejerzan funciones públicas y que lleguen a la edad de 62 años (para los primeros) o de 57 (para las segundas), siempre que en ambos casos hayan completado también las semanas de cotización o el tiempo de servicios exigido por el artículo 33 de la Ley 100 (hoy en día 1.300 semanas).

Lógicamente si al llegar a la edad señalada, el servidor público (hombre o mujer, según se trate), no ha completado aún el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas exigido por la ley, tendría que seguir trabajando hasta cumplir este requisito, sin exceder en cualquier caso la edad de retiro forzoso (antes 65 y ahora 70 años).

Esta es la razón por la cual en los antecedentes de la Ley 1821 se encuentran algunas afirmaciones que podrían resultar desconcertantes o contradictorias, a la luz de lo que se viene explicando, como que el beneficio generado por dicha ley para la sostenibilidad del sistema pensional consiste en ampliar **en cinco (5) años** (y no en 8 o en 13) el tiempo que las personas que ejercen funciones públicas pueden seguir laborando y cotizando al sistema de seguridad social, o que la ley permite a dichas personas seguir trabajando “voluntariamente” por otros cinco (5) años.

A juicio de la Sala, lo que quisieron expresar algunos congresistas en tales fragmentos de los antecedentes, es que, frente al sistema previsto en la legislación anterior, los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas (tomados de forma genérica) pueden ahora seguir trabajando y cotizando al sistema de seguridad social por cinco años más (lo cual es cierto); pero sin que tales comentarios pretendieran referirse a casos particulares, como el de aquellos que cumplieran los requisitos para pensionarse antes de los 65 años, o quienes llegaran a dicha edad antes de entrar en vigencia la Ley 1821 de 2016. Además, no debe olvidarse que en las primeras versiones del proyecto de ley (durante su trámite en la Cámara de Representantes), se preveía la existencia de dos (2) edades de retiro forzoso: para algunos servidores públicos y para los particulares que ejercieran funciones públicas, la de 70 años, y para los demás servidores públicos, la de 65 años, y se establecía igualmente la posibilidad de que los segundos pudieran seguir en sus cargos por un tiempo adicional, si al llegar a los 65 años no habían completado aún las semanas o el tiempo de cotización requeridos.

Aclarado lo anterior, cabría preguntarse, en todo caso, ¿qué sucede si un servidor público que había cumplido 65 años antes de la Ley 1821 de 2016 y que, a la entrada en vigencia de la misma, continuaba ejerciendo su cargo, **había completado también o completa ahora los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación?** ¿No estaría, acaso, en el supuesto de hecho del artículo 2º de la referida ley?

La respuesta a este difícil interrogante no se halla en el texto mismo de la norma, sino en la “*historia fidedigna de su establecimiento*”, es decir, en sus antecedentes, en armonía con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 1821 y en otras normas constitucionales y legales.

En efecto, es necesario resaltar que, según el artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, “*la presente ley rige a partir de su publicación*”. Para entender el significado jurídico preciso de dicha expresión, es necesario recordar brevemente lo que la jurisprudencia y la doctrina han explicado sobre los diferentes efectos que pueden tener las leyes en el tiempo.

### **Sobre los efectos de la ley en el tiempo**

Dado que este asunto fue tratado por la Sala ampliamente en el concepto 2064 de 2011<sup>215</sup>, vale la pena citar un extracto de lo manifestado en dicha ocasión:

215 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2064 del 27 de julio de 2011.

**“II. Reglas generales sobre el tránsito de legislación.** Tema ampliamente estudiado y debatido en el derecho es el relacionado con la forma como han de aplicarse las leyes a partir de su vigencia. A manera de resumen, es posible plantear cuatro reglas generales en el derecho colombiano, a saber:

**1°. Todas las leyes se aplican hacia el futuro a partir de su vigencia, en el entendido de que no pueden desconocer los derechos adquiridos o situaciones consolidadas y que producen efectos de manera inmediata sobre las meras expectativas y las situaciones en curso.**

2°. Constitucionalmente existen dos límites expresos en cuanto a los efectos de las nuevas leyes que debe respetar el legislador: la existencia de derechos adquiridos con justo título en el artículo 58 constitucional y la irretroactividad legal en materia penal del artículo 29. Como excepción que confirma la regla, el artículo 58 permite el sacrificio de los derechos adquiridos con justo título “por motivos de utilidad pública o interés social”, previa indemnización.

**3°. El legislador puede definir la forma como cada ley en particular entra a regir, especialmente en relación con las situaciones en curso, estableciendo, si lo considera conveniente, un conjunto de reglas conocidas bajo el nombre de “régimen de transición,”** que básicamente determinan las situaciones en curso sobre las cuales la ley derogada tiene efecto ultraactivo, y en las cuales la ley nueva tiene efecto inmediato.

4°. Ante el silencio del legislador sobre la aplicación de la nueva ley a las situaciones en curso, y sin que implique desconocer la vigencia, suele acudir a las reglas contenidas en el Código Civil y en la Ley 153 de 1887, cuyo primer artículo establece:

“Artículo 1.º Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse un tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes:”

Las reglas de esta (sic) ley definen para múltiples situaciones si el derecho antiguo es ultraactivo (sic) o si el nuevo se aplica inmediatamente, sin perjuicio de reconocer la vigencia de la nueva ley, por lo que acudir a su aplicación no implica desconocer la entrada en vigencia de esta.

Los principios anteriores han sido estudiados en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (...), y a manera de ejemplo se transcriben algunos párrafos de la Sentencia C-619 de 2001<sup>216</sup> de este último Tribunal en la que expresa:

“4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, [artículos 29 y 58] las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y

216 “[2] Del 14 de junio de 2001”.



que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, **respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal**. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 **que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata**. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. **El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos**”.

“En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada, (ultraactividad –sic- de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultraactividad (sic) en sí misma no contraviene tampoco la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal”. (...)” (Negrillas añadidas).

### **El efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016. Su irretroactividad**

Como se mencionó, el artículo 4º de la Ley 821 dispone que “*la presente ley rige a partir de su publicación*”. Esta simple fórmula genera importantes consecuencias, pues al acoger el legislador al denominado “*efecto general inmediato*” de las leyes, que constituye en esta materia la regla general, descartó que la Ley 1821 pudiese tener efectos retroactivos o ultractivos.

En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso.

Lo anterior implica, a juicio de la Sala, que la aplicación de la Ley 1821 de 2016 corresponde, en forma simple, al “efecto general inmediato” de las leyes, esto es, que no regula situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia, sino solamente situaciones jurídicas que no hayan nacido en ese momento y situaciones jurídicas que se iniciaron con la legislación anterior pero que no se habían consolidado (efecto retrospectivo).

En este punto, es importante recordar lo que se explicó en el acápite A) de este concepto sobre la causal de retiro forzoso por la edad, tal como estaba regulada antes de la Ley 1821 y como sigue normada hoy en día, en disposiciones que esta última no ha derogado. Allí se mencionó que esta causal se presenta por el acaecimiento de un hecho de la naturaleza que constituye, al mismo tiempo, un hecho jurídico: la llegada de una persona a los 65 años de edad. Tal acontecimiento genera unas consecuencias jurídicas, la principal de las cuales consiste en el deber que surge para el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo dentro del plazo y en las condiciones que señalen las normas pertinentes.

Es importante reiterar que ni el plazo que algunas disposiciones otorgan para efectuar el retiro, a partir del cumplimiento de la edad (6 meses en unos casos, o 1 mes en otro), ni los condicionamientos impuestos en algunos casos particulares por la Corte Constitucional y por otros jueces para que dicho retiro se haga efectivo, han modificado el supuesto de hecho de la causal previsto en la ley, que consiste exclusivamente en la llegada de la persona concernida a una determinada edad.

El término señalado por las normas citadas constituye un plazo suspensivo para que se cumpla efectivamente el retiro, es decir, la “*época que se fija para el cumplimiento de la obligación*”, como lo define el artículo 1551 del Código Civil.

Por otra parte, los condicionamientos señalados en múltiples casos por las autoridades judiciales, especialmente en virtud de acciones de tutela, tienen el efecto, en esos eventos, de postergar o diferir durante cierto tiempo el retiro efectivo del empleado, pero no han modificado (ni podrían hacerlo) el supuesto de hecho previsto en las normas legales o con fuerza de ley para la ocurrencia de la causal, ni implican tampoco aplazar, en forma indefinida, el retiro de la persona afectada, como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en la jurisprudencia que se cita en la parte inicial de este concepto.

Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

Podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado **efectivamente** del cargo ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos.

Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación

de hecho, que puede tener respaldo en la ley (por ejemplo, si no ha vencido aún el plazo que tiene para dejar el cargo), o puede no tenerlo y ser irregular (como si la persona no había querido retirarse ni había informado a su empleador sobre la llegada a la edad de retiro forzoso).

En consecuencia, dado que el objetivo principal de la Ley 1821 de 2016 es el de establecer en 70 años la edad de retiro forzoso de las personas que ejerzan funciones públicas, como lo dispone su artículo 1º, es claro para la Sala que dicha disposición genera dos efectos jurídicos: (i) ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por esta causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1º, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años) al momento de entrar a regir la Ley 1821, es decir, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, y (ii) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad el 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incurso en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 1º, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior. Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.

Es importante mencionar que este asunto –el de la aplicación de la nueva ley a quienes ya habían cumplido la edad de retiro forzoso– si bien no quedó consignado finalmente en la Ley 1821 de 2016 de manera expresa (a pesar de haberse intentado), sí se discutió abiertamente, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, y se dejó constancia sobre el “pensamiento” del legislador en varias actas y gacetas, como se relató en el acápite B) de este concepto.

Vale la pena recordar, a este respecto, que tanto en la proposición sustitutiva que presentaron los ponentes del proyecto de ley para su primer debate en el Senado de la República, como en el informe presentado por la subcomisión que designó la Mesa Directiva del Senado para la discusión del proyecto en la plenaria de esa corporación, se hizo constar de manera expresa que la futura ley no tendría efectos retroactivos de ninguna clase y que esto significaba, concretamente, que no podía aplicarse a las personas que hubieran cumplido o cumplieran la edad de retiro forzoso antes de que dicha ley empezara a regir. Conviene traer de nuevo a colación un breve extracto de lo que se afirmó en este último informe:

*“La edad máxima de retiro planteada en el presente proyecto se aplicará para quienes se encuentren en el desempeño de funciones públicas **no obstante, no se aplicará a quienes ya hayan cumplido 65 años de edad una vez esta ley haya entrado en vigencia, debido a que las personas en mención cumplieron la edad con la norma anterior.***”

*Por último, frente a las inquietudes planteadas en la sesión de la Plenaria **sobre la irre-  
troactividad de la ley**, proponemos adicionar la siguiente expresión en el artículo segundo “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, con el fin de **precisar en el texto que la aplicación de la misma se hará solamente para las personas que cumplan la edad una vez la misma haya entrado en vigencia y no con quienes la cumplan antes, ya que la vacancia de estos cargos se habrá producido con la normatividad ac-***

***tual que señala que quienes cumplen 65 años deben ser retirados del cargo***". (Subrayas ajenas al texto original).

Debe tenerse en cuenta que tanto la proposición sustitutiva como el informe de la subcomisión fueron discutidos y aprobados en su momento por la Comisión Séptima del Senado y la plenaria de esa corporación, razón por la cual no representan la opinión de unos congresistas aisladamente, sino "el pensamiento y la voluntad" de un cuerpo legislativo, en este caso, del Senado de la República.

También conviene recordar que si bien la expresión "*salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años*", que en la ponencia para primer debate en el Senado se propuso incluir dentro del artículo 2º del proyecto, fue eliminada luego por los mismos ponentes en la proposición sustitutiva, esta decisión no obedeció a que la ley, en su concepto, se aplicara o debiera aplicarse a las personas que hubieran cumplido 65 años, sino todo lo contrario, a que los ponentes consideraron "*inocuo señalar esa salvedad, ya que **para las personas que hayan cumplido la edad de retiro forzoso aplica la normatividad vigente y deberán retirarse al cumplimiento de las causales señaladas en la ley***", tal como lo consignaron en el respectivo documento.

Ha de recordarse igualmente que la citada frase ("*salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años*") fue incluida de nuevo en el artículo 2º del proyecto de ley, de acuerdo con la recomendación que formuló la subcomisión designada por el Senado de la República, y así se aprobó por dicho cuerpo legislativo en sesión plenaria y en último debate.

Sin embargo, la citada expresión se eliminó finalmente por la comisión de conciliación que se nombró para armonizar el texto del proyecto aprobado en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, sin dejar otra constancia sobre las razones por la cuales se hizo dicha supresión, distinta de manifestar que ello obedeció a que se acogió en este artículo el texto aprobado por la Cámara. No obstante, en el mismo informe, la comisión advirtió que el texto aprobado por el Senado "*recoge en su integridad lo aprobado en la Cámara de Representantes*".

Por estas razones, la Sala considera que la inclusión de la citada expresión en el artículo 2º del proyecto de ley y su posterior supresión, no constituyen prueba ni indicio de que el Congreso de la República hubiera querido que la Ley 1821 se aplicase a las personas que ya tuvieran 65 años al momento de su entrada en vigencia, pero que continuaran ejerciendo funciones públicas, sino todo lo contrario; es decir, las motivaciones señaladas expresamente por el legislador para incluir la referida frase y luego para suprimirla, demuestran que su intención real y su entendimiento de las normas que se discutían eran que la futura ley no se aplicase a las personas que ya estuvieran en situación de retiro forzoso, por haber cumplido la edad señalada en las normas pertinentes antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Finalmente cabría preguntarse si el principio de favorabilidad en materia laboral y otros que consagra el artículo 53 de la Carta Política<sup>217</sup>, impiden llegar a dicha conclusión, en la medida en que podría resultar más favorable para los servidores públicos (o para algunos de ellos) continuar en sus cargos hasta los 70 años de edad, como lo establece la Ley 1821 de 2016, en lugar de retirarse a los 65 años, como estaba previsto en la normatividad anterior.

Al revisar la jurisprudencia sobre este tema, la Sala encuentra que el principio de favorabilidad en materia laboral **no incluye la aplicación retroactiva de la ley**, por considerarse más favorable al trabajador, a diferencia de lo que sucede en materia penal, en donde la retroactividad de la ley “*permissiva o favorable*” está prevista expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política. En materia laboral, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la necesidad de proteger los derechos adquiridos y, en menor medida, las expectativas legítimas de los trabajadores, frente a un cambio legislativo que suprima o desmejore tales derechos o expectativas. Por ejemplo, en el campo pensional, la Corte Constitucional ha sostenido en numerosas ocasiones<sup>218</sup> que las nuevas leyes no pueden desconocer los derechos que ya hubiesen adquirido las personas bajo la ley anterior (al haber cumplido, por ejemplo, los requisitos previstos para adquirir determinada prestación), o las expectativas legítimas que tuvieran de adquirir ese derecho, al haber cumplido alguno de los requisitos exigidos por la ley y estar cerca de cumplir el otro o los otros).

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no puede decirse que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas de manera permanente y estuvieran sujetos al retiro forzoso por la edad, tuvieran un derecho o, al menos, una expectativa legítima para desempeñar sus cargos o ejercer sus funciones de forma indefinida o hasta los 70 años, pues el régimen anterior solo les permitía hacerlo hasta los 65. En esa medida, es claro que la Ley 1821 de 2016 no les cercenó o menoscabó derecho o expectativa legítima alguna. Y si bien es cierto que su relación con el Estado se encontraba vigente en el momento en que la ley entró a regir, no lo es menos que era conocido que dicha relación debía terminar, por haberse incurrido, bajo la legislación anterior, en una causal de terminación o extinción que no estaba sujeta a ninguna otra condición.

## E. Consideraciones adicionales sobre la situación de los notarios públicos

La conclusión a la que se llegó en el acápite precedente, en el sentido de que la Ley 1821 de 2016 no puede aplicarse a quienes hayan cumplido la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia, sería suficiente para responder las inquietudes planteadas en la consulta acerca de la aplicación de la citada ley a los notarios públicos, pues, con base en el mismo criterio, es claro que no puede aplicarse la nueva edad de retiro forzoso prevista

217 “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales**; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).” (Subrayas ajenas al texto).*

218 Verbigracia, en la Sentencia T-832A del 14 de noviembre de 2013, expediente T- 3970752.

en la Ley 1821 a los notarios que hayan cumplido la edad máxima de retiro hasta el 30 de diciembre de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera conveniente referirse a varios aspectos adicionales expuestos en la consulta sobre los notarios públicos y quienes hayan de reemplazarlos mediante concurso, con el fin de: (i) reforzar la conclusión anunciada en relación con los notarios, dados los planteamientos efectuados en la consulta y la gran cantidad de litigios que se ha presentado en este campo, y (ii) hacer claridad doctrinal sobre estos mismos puntos.

Para tal efecto, analizaremos brevemente: (i) el régimen de los notarios públicos en cuanto a las modalidades en que pueden ser nombrados, las causales de retiro y la forma de proveer los cargos vacantes, y (ii) el concurso público y abierto de méritos para escoger los notarios en propiedad y los derechos de quienes son incluidos en las listas de elegibles.

### 1. Régimen jurídico de los notarios públicos. Situación irregular de quienes continúan ejerciendo el cargo a pesar de haber sido retirados por la edad de retiro forzoso

De conformidad con el artículo 131 de la Carta Política, “**compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia**”. El segundo inciso de dicha norma añade que “**el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso**”. (Se resalta).

La jurisprudencia ha discutido durante décadas la naturaleza jurídica de los notarios y de la actividad que realizan, aspectos sobre los cuales no existe aún un consenso absoluto. Sin embargo, puede decirse que en los últimos lustros, especialmente después de la Constitución de 1991, la jurisprudencia (sobre todo de la Corte Constitucional) ha manifestado reiterada y mayoritariamente que los notarios son **particulares** que prestan un servicio público y cumplen, además, una función pública (la denominada función “*fedante o fedataria*”), mediante una especie de delegación efectuada por el Estado, que se ha denominado “descentralización por colaboración”.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-863 de 2012<sup>219</sup>, la Corte resumió de esta manera su línea jurisprudencial sobre estos aspectos:

#### “3. Rasgos que caracterizan la función notarial en nuestro régimen jurídico

*La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios*<sup>220</sup>,

<sup>219</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-863 del 25 de octubre de 2012, expediente D-9015.

<sup>220</sup> “[4] La naturaleza jurídica y los rasgos característicos de las funciones desempeñadas por los notarios, han sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación. Así en las sentencias C-1159 de 2008 y C-1212 de 20001, M. P. Jaime Araújo Rentarías; en la sentencia C-1508 de 2000, M. P. Jairo Charry Rivas; sentencia C-741 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; y Sentencia C-181 de 1997, M. P. Fabio Morán Díaz”.

*su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia.*

*Ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes: (i) es un servicio público; (ii) a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; (iv) que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; (v) sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico”. (Negritas en el original).*

Sobre esta última característica (la del numeral v), la Corte profundizó lo siguiente en el mismo fallo:

*“3.4. Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la gestión notarial implica el ejercicio de autoridad, en la medida que comporta el desarrollo de una **atribución de la cual es titular el Estado**, como es la de dar fe, en virtud de lo cual **está reconocida como una función pública**. (...)”*

*3.5. No obstante, **ha aclarado que se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública**, y aunque objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, **técnicamente no es válido sostener que por tal circunstancia, adquieran la condición de servidores públicos**. (...)”.* (Resaltamos)

Ahora bien, la actividad ejercida por los notarios, así como las diferentes situaciones administrativas en las que dichos particulares pueden encontrarse, entre otros aspectos, se encuentran reguladas actualmente en el Decreto Ley 960 de 1970, que contiene el “Estatuto de Notariado”, en la Ley 588 de 2000<sup>221</sup> y en varios decretos reglamentarios, compilados hoy en día en el Decreto 1069 de 2015.

En punto a las modalidades bajo las cuales puede ejercerse la función de notario, el Estatuto de Notariado, tal como ha sido revisado en varias ocasiones por la Corte Constitucional, solamente establece tres (3): en propiedad, en interinidad o en encargo. Así lo dispone el artículo 145:

*“Artículo 145. Los Notarios pueden (**ser de carrera o de servicio, y**) desempeñar el cargo en **propiedad, en interinidad o por encargo**”. (Negrillas de la Sala).*

Es importante señalar que la expresión encerrada entre paréntesis y subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-741 de 1998, por considerar que la Carta Política impone el deber de nombrar a todos los notarios en propiedad mediante concurso de méritos, para hacer parte de la respectiva carrera, y que la designación de notarios en interinidad o en encargo, si bien es una posibilidad que ofrece la ley para reemplazar a dichos colaboradores en situaciones excepcionales y transitorias, no

221 “Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”.

puede utilizarse para desconocer los derechos de quienes fueron elegidos en el respectivo concurso. En esa medida, la Corte consideró que no podía existir la figura de los “*notarios de servicio*” que regulaba el Decreto 960 de 1970 y varias normas reglamentarias. Así lo explicó dicha corporación:

*“Las diversas formas de nombramiento tienen entonces **efectos distintos, en especial en términos de estabilidad, pues quien es nombrado en propiedad tiene una mayor posibilidad de permanencia que el interino, y este último, a su vez, goza de mayores garantías que el encargado, tal y como lo señalan los artículos 146 y ss del estatuto notarial. Sin embargo, la Corte no encuentra que la existencia de esos tipos de designación viole igualdad u otras disposiciones de la Carta, por cuanto esas figuras tienen un fundamento objetivo y razonable, ya que persiguen satisfacer las necesidades del servicio notarial, y la diversidad de trato se basa en las distintas situaciones y razones que han dado lugar a la designación de una persona como notario. Así, es normal que la ley prevea que el servicio sea realizado primariamente por notarios en propiedad, quienes deben ser nombrados a partir de un concurso, tal y como lo ordena la propia Constitución (CP art. 131). Por ende es natural que los notarios en propiedad sean quienes gocen de mayor estabilidad; sin embargo, en determinadas ocasiones puede no ser posible designar en propiedad un notario, por cuanto, por ejemplo, el concurso ha sido declarado desierto, por lo cual es legítimo que para tales eventos la ley prevea nombramientos interinos para evitar una interrupción del servicio público notarial. Finalmente, puede ocurrir que también, por una enfermedad, una licencia, una renuncia intempestiva, la muerte, u otra eventualidad, exista una falta temporal o definitiva de un notario, por lo cual es razonable que para esos casos también la ley consagre una figura como la del notario por encargo, que precisamente es nombrado por un período de hasta por noventa días, a fin de asegurar la continuidad de la función notarial en esas situaciones excepcionales.***

14- La Corte concluye entonces que en nada viola la Constitución que la ley distinga entre los notarios en propiedad y aquellos por encargo o interinos. Con todo, esta Corporación precisa que **estas figuras son exequibles en el sentido de que son mecanismos razonables para asegurar la continuidad de la función notarial, pero que la Carta ha adoptado un modelo que privilegia la prestación de este servicio por notarios en propiedad, nombrados por concurso, y que por ende hacen parte de la carrera notarial. No otro es el sentido del mandato perentorio del artículo 131 superior sobre la necesidad del concurso para proveer en propiedad el cargo de notario...**” (Negritas añadidas).

Tal como lo señala la Corte en la sentencia citada, el artículo 146 del Estatuto de Notariado dispone que **“para ser Notario en propiedad, se requiere el lleno de los requisitos legales exigidos para la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso”** (se resalta). La misma disposición agrega que **“la designación en propiedad da derecho al titular a no ser suspendido ni destituido sino en los casos y con las formalidades que determina el presente estatuto”** (destacamos).

En cuanto a los notarios interinos, el artículo 148 *ibídem* estatuye:

**“Artículo 148. Habrá lugar a *designación en interinidad*:**



1. Cuando el concurso sea declarado desierto, mientras se hace el nombramiento en propiedad;

2. Cuando la causa que motive el encargo se prolongue más de tres meses, mientras ella subsista o se hace la designación en propiedad”.

Estas normas deben complementarse con lo dispuesto, en lo pertinente, por el artículo 2º de la Ley 588 de 2000:

*“Artículo 2º. Propiedad e interinidad. **El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos. En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso. De igual modo se procederá cuando el concurso sea declarado desierto (...).**”* (Negrillas ajenas al texto).

En relación con estos notarios, el artículo 149 del mismo estatuto dispone:

*“Artículo 149. Dentro del respectivo periodo los interinos **que reúnan los requisitos legales exigidos para el cargo, tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad; los demás podrán ser removidos libremente**”.*

Por su parte, en cuanto a los notarios encargados, los artículos 151 y 152 del mismo decreto-ley prescriben:

*“Artículo 151. Cuando falte el Notario, la primera autoridad política del lugar **podrá designar un encargado de las funciones, mientras se provee el cargo en interinidad o en propiedad** según el caso.*

*Artículo 152. **El encargo no podrá durar más de noventa días** y recaerá, de ser ello posible, en la persona que el Notario indique, bajo su entera responsabilidad”.*

Lo dispuesto en el artículo 151 anterior se encuentra reiterado por el artículo 190 del mismo Decreto-Ley 960, que estatuye:

*“Artículo 190. **Cuando se produzcan faltas absolutas** o sanciones de suspensión, el correspondiente gobernador, Intendente o Comisario **encargará a la persona que haya de asumir inmediatamente las funciones y, en el primer evento se procederá a designar el reemplazo para el resto del periodo, en la forma prevista en el Capítulo 3º**”.* (Resalta la Sala).

Como se aprecia, el Estatuto de Notariado, algunas de cuyas normas han sido declaradas exequibles y otras inexecutable (parcialmente) por la Corte Constitucional, dispone actualmente que los particulares que ejerzan el cargo de notario solamente pueden ser designados en alguna de estas tres categorías: en propiedad, en interinidad o en encargo. Los notarios en propiedad son aquellos que son escogidos mediante el concurso de mé-

ritos que ordena la Constitución Política, forman parte de la carrera y tienen estabilidad plena en su cargo, mientras no renuncien o sean removidos por alguna de las causales previstas en la ley. Los interinos son aquellos que se nombran para reemplazar a los notarios en propiedad que falten en las situaciones descritas en los artículos 148 del Decreto 960 de 1970 y 2 de la Ley 588 de 2000, deben cumplir los mismos requisitos legales que para ser notario en propiedad y tienen una estabilidad relativa, ya que solamente pueden ejercer sus funciones mientras subsista la causal que dio lugar a su nombramiento y no se provea el cargo en propiedad. De lo contrario, “pueden ser removidos libremente”. Y, por último, los encargados son aquellos que se designan para reemplazar a un notario que falta definitiva o temporalmente, mientras se designa el notario en propiedad o, en su defecto, en interinidad, y no pueden ejercer el cargo por más de noventa (90) días.

Ahora bien, aclarado lo anterior, es necesario analizar cuáles son las causales o motivos que generan el retiro definitivo o la falta absoluta de los notarios y, por lo tanto, la vacancia de las respectivas notarías. A este respecto, es pertinente aclarar que el Estatuto de Notariado no condensa dichas causales en un solo artículo, sino que las menciona de manera dispersa en varias normas, tales como los artículos 144, 147, 182 y 185, entre otros.

En aras de la brevedad, nos referiremos exclusivamente al retiro forzoso por la edad, que se encuentra regulado en las siguientes normas:

*“Artículo 147. **La estabilidad en el cargo ejercido en propiedad podrá extenderse hasta el retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera, para quienes pertenezcan a ella, (y al término del respectivo periodo, para quienes sean de servicio)**<sup>222</sup>”.* (Negrillas de la Sala).

*“Artículo 182. El Notario que llegue a encontrarse en **circunstancia de retiro forzoso** deberá manifestarla al funcionario que lo haya designado, **tan pronto como ella ocurra**.”*

***El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, o de la Vigilancia Notarial, o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal”.***

Estas normas deben leerse en armonía con el artículo 137 ibídem, que estatuye:

*“Artículo 137. **No podrán ser designados Notarios en propiedad quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público, y quienes estén devengando pensión de jubilación**”.* (Se resalta).

Así mismo, el Decreto 1069 de 2015, que compiló las normas reglamentarias del sector “justicia y del derecho”, entre ellas las de notariado, dispone sobre este asunto lo siguiente:

222 El aparte subrayado y entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-741 del 2 de diciembre de 1998.

“Artículo 2.2.6.1.5.3.9. **Falta absoluta del notario. Se produce falta absoluta del notario por:(...)**

#### **4. Retiro forzoso (...)**

(Decreto 2148 de 1983, artículo 71)

(...) Artículo 2.2.6.1.5.3.13. **Retiro forzoso.** Señalase como edad de retiro forzoso para los notarios, la de 65 años. **El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.**

(Decreto 2148 de 1983 artículo 75 modificado por el Decreto 3047 de 1989, artículo 1º).

Artículo 2.2.6.1.5.3.14. Nueva designación. El notario retirado forzosamente por incapacidad física o mental podrá ser designado nuevamente siempre que acredite plenamente su completa recuperación o rehabilitación con certificado expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez **que no ha cumplido la edad de retiro forzoso** y que reúne los requisitos propios del cargo.

(Decreto 2148 de 1983, artículo 76)

(...) Artículo 2.2.6.2.3. Periodo del **notario interino.** Entiéndese por... período de los notarios interinos el que está cursando mientras desempeñan el cargo... En consecuencia, **los notarios interinos continuarán en el desempeño de sus funciones notariales mientras no se convoque a concurso abierto y se realice la designación correspondiente** producto del mismo, **sin perjuicio de su desvinculación por retiro forzoso** o por faltas cometidas en el desempeño de sus funciones de conformidad con las disposiciones vigentes.(Decreto 1300 de 1998 artículo 1º).

(...) Artículo 2.2.6.3.2.3. **Vacante. Se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario.** De conformidad con lo anterior las causales son las siguientes:(...).

#### **4. Retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años. (...).**

Parágrafo 2. **En los casos señalados en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 la fecha de la vacante estará determinada por el acto administrativo que acepte la renuncia, declare la destitución, retire al notario por cumplir la edad de retiro forzoso, declare el abandono del cargo o el ejercicio de cargo público no autorizado por la ley, respectivamente.(...).**

(Decreto 2054 de 2014, artículo 4º)". (Subrayas añadidas por la Sala).

Es pertinente aclarar que aun cuando el artículo 2.2.6.1.5.3.13 y el numeral 4º del artículo 2.2.6.3.2.3 del decreto antes citado fueron derogados expresamente por la Ley

1821 de 2016 (artículo 4º), dichas normas estuvieron vigentes hasta el 30 de diciembre de 2016.

También es importante precisar que lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario 2454 de 2014, contenido actualmente en el párrafo 2º del citado artículo 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015, en el sentido de que la vacancia del cargo, cuando corresponde a la causal de retiro forzoso por edad, se presenta cuando se expida el acto administrativo que ordene el retiro del notario, y no al cumplir la respectiva edad, fue inaplicado expresamente por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de octubre de 2015<sup>223</sup>, por considerarlo inconstitucional e ilegal. En dicha providencia se explicó que, de acuerdo con la ley, la vacancia se produce cuando el notario cumple la edad de retiro forzoso (65 años en la normatividad anterior), y que el acto administrativo que expida el Gobierno nacional para retirarlo constituye una formalidad tendiente a declarar la situación de vacancia, pero no para constituirla.

Igualmente debe aclararse que la edad de retiro forzoso para los notarios estaba prevista originalmente en el artículo 184 del estatuto notarial, que la fijaba expresamente en 65 años. Sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 46 del Decreto Ley 2163 de 1970<sup>224</sup>.

No obstante, la misma edad fue establecida nuevamente para los notarios por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3047 de 1989, en los siguientes términos:

**“Artículo 1º. *Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de Oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, (salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso)*”.** (Se resalta).

Esta norma se encuentra contenida actualmente en el Decreto 1069 de 2015 (artículo 2.2.6.1.5.3.13), y en relación con la misma, es pertinente hacer dos aclaraciones:

- (i) El aparte que se encuentra subrayado fue demandado en acción de nulidad, por considerar el actor que la edad de retiro forzoso para cualquier servidor público o particular que ejerza una función pública puede ser establecida solamente por el constituyente o por el legislador, pero no por el Gobierno nacional mediante un decreto reglamentario. Sin embargo, dicha pretensión fue negada por el Consejo de Estado, en sentencia del 30 de abril de 2009<sup>225</sup>, por estimar que la edad de 65 años como edad de retiro forzoso para los notarios está prevista implícitamente en el artículo 137 del Decreto Ley 960 de 1970, cuando establece que no pueden ser designados notarios quienes se encuentren en situación de retiro forzoso, “*sea en el Notariado, sea en la Administración Pública, sea en la de Justicia o en el Ministerio Público*”.

223 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de dos mil quince (2015), rad. Nº 25000-23-41-000-2015-00985-01(ACU)A.

224 “*Por el cual se oficializa el servicio de notariado*”.

225 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de abril de 2009, expediente No. 00151-01.

- (ii) El aparte que aparece entre paréntesis y subrayado con líneas punteadas, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de marzo de 1993<sup>226</sup>.

Como se aprecia sin ninguna dificultad, el Estatuto de Notariado y las normas que lo han reglamentado establecen claramente las siguientes reglas: (i) que la edad (antes 65 años y ahora 70) es una causal de retiro forzoso para los notarios públicos; (ii) que dicha situación genera la falta absoluta del notario y la vacancia del cargo; (iii) que una vez ocurrida dicha causal (es decir, cumplida la edad respectiva), el notario debe retirarse del cargo dentro del mes siguiente, a más tardar, y (iv) que no es posible nombrar como notario a una persona que haya superado la edad de retiro forzoso.

Ahora bien, una vez producida la falta absoluta del notario en propiedad o en interinidad, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, y generada entonces la vacante respectiva, la única posibilidad que tiene el Gobierno nacional o los gobernadores, según la categoría a la cual pertenezca la respectiva notaría, es la de nombrar y posesionar a la persona que lo haya de reemplazar, la cual puede corresponder a:

- (i) Un notario en propiedad, cuando haya lista de elegibles vigente, obtenida luego de realizar el concurso público y abierto de méritos respectivo;
- (ii) Un notario en interinidad, cuando el concurso haya sido declarado desierto o no haya lista de elegibles; o
- (iii) Un notario encargado, en los demás casos, el cual solamente puede ejercer el cargo hasta por noventa (90) días

No existe entonces, desde el punto de vista jurídico, la posibilidad de dejar en el cargo por un periodo superior a un mes, a partir del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, y menos aun por tiempo indefinido, a un notario que deba retirarse por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Esa modalidad de ejercicio de la actividad notarial no está prevista en ninguna norma legal, con fuerza de ley ni reglamentaria que regule dicha función pública. En efecto, el particular que ejerce como notario después de transcurrido un mes de haber cumplido la edad de retiro forzoso, no puede ser considerado como notario en propiedad (porque está incurrido en una causal de falta absoluta y su cargo está vacante), ni puede ser considerado notario en interinidad o en encargo, porque no ha sido designado como tal mediante un acto administrativo, ni podría serlo, por haber superado la edad de retiro forzoso, situación que legalmente impide nombrarlo para el ejercicio de esa función.

En consecuencia, se encuentra en una situación de hecho irregular o anómala que, desde luego, no puede generarle ninguna estabilidad o derecho.

226 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 1993, expediente No. 5348.

Es pertinente mencionar en este punto, que el artículo 187 del Estatuto de Notariado permitía expresamente que las personas retiradas forzosamente por la edad, pudieran desempeñar el cargo de notario en interinidad o en encargo. Pero tal disposición fue derogada expresamente por el artículo 46 del Decreto 2163 de 1970.

Aclara la Sala que nada de lo expresado se desvirtúa ni pierde fuerza por lo dispuesto en el artículo 150 del Decreto 960 de 1970:

**“Artículo 150. El Notario no podrá separarse del desempeño de sus funciones *mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba remplazarlo*”.** (Se resalta).

Como se observa, el precepto transcrito establece simplemente que el notario no puede cesar en el desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas la persona que deba reemplazarlo, pero esta norma no dispone, directa ni indirectamente, expresa o implícitamente, que quien lo reemplace sea necesariamente un notario en propiedad, que haya sido escogido mediante un concurso de méritos.

Desde luego que esto es lo ideal y lo que ha ordenado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en numerosas ocasiones, pero el Estatuto de Notariado y sus normas reglamentarias ofrecen soluciones plenamente jurídicas y aplicables para sortear aquellas situaciones excepcionales o imprevisibles y transitorias que impidan en determinado momento nombrar un notario en propiedad. Es para esto, justamente, que dicha normatividad consagra las figuras de los notarios en interinidad y en encargo, cuya constitucionalidad (utilizada razonablemente y para fines legítimos) ha sido respaldada por la Corte Constitucional (sentencia C-741 de 1998), como se ha visto.

En esa medida, si bien es cierto que el notario en propiedad que ha sido retirado o deba retirarse por haber llegado a la edad de retiro forzoso no puede “*separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo*” o, dicho en otras palabras, que no puede abandonar su despacho y la función pública que se le ha confiado, también es claro que el Gobierno nacional y los gobernadores, según el caso, deben proceder a nombrar y posesionar la persona que deba reemplazarlo tan pronto se genera la vacancia, con un nuevo notario en propiedad que sea obtenido de la lista de elegibles vigente o, en su defecto, por un notario en interinidad o en encargo que cumpla, desde luego, los requisitos legales para el ejercicio de dicha función, uno de los cuales es el de no haber superado la edad de retiro forzoso.

La Sala desconoce cuáles sean las razones concretas por las cuales no se ha procedido a nombrar en propiedad y posesionar a las personas que deben reemplazar a los notarios que cumplieron la edad de 65 años, si se tiene en cuenta que la lista definitiva de elegibles elaborada en desarrollo del último concurso público y abierto de méritos realizado para ese propósito fue publicada en el mes de julio de 2016; pero cualesquiera que sean los motivos por los que dicha situación se ha presentado, las normas que se han citado permiten superarla satisfactoriamente, de tal manera que los notarios que cumplieron la edad de retiro forzoso se retiren **efectivamente** de sus cargos dentro del plazo que señala

la ley (un mes), y otras personas asuman definitiva o transitoriamente dicha función pública y se hagan cargo de las respectivas notarías.

Dado lo anterior, la hipótesis fáctica descrita en la consulta, consistente en la existencia de un grupo de notarios públicos que, a pesar de haber sido retirados de sus cargos mediante actos administrativos en firme por haber llegado a la edad de retiro forzoso, siguen ejerciendo sus funciones (luego de haber transcurrido un mes desde el cumplimiento de la edad), constituye una situación de hecho irregular o anómala que, como es obvio, no pudo ni puede generar a tales personas derecho alguno a la estabilidad o permanencia en el respectivo cargo o función, ni antes de la Ley 1821 de 2016 ni después de esta.

Vale la pena mencionar, a este respecto, que el Consejo de Estado, en la sentencia del 22 de octubre de 2015 antes citada, y en desarrollo de una acción de cumplimiento ejercida por un ciudadano interesado, le ordenó al Gobierno nacional **retirar efectivamente** del cargo a un notario público que se encontraba exactamente en esta situación. Sobre el punto dijo esta corporación:

*“Como se expuso en el acápite anterior, el retiro de un notario que cumple 65 años de edad es un **verdadero mandato**, que en el caso de los de primera categoría, impone al Gobierno nacional el **deber** de desvincularlos dentro del **mes** siguiente a la ocurrencia de la causal. Dicho deber **no** está sometido a ningún tipo de condicionamiento.*

*Por tanto, la orden de permanencia de quien cumplió 65 años de edad mientras se adelantaban los trámites para el ejercicio del derecho de preferencia reglamentado en el Decreto 2054 de 2014 y se efectúe el nombramiento correspondiente o, en su defecto, se realice el nombramiento de un notario, no solo resulta ilegal como se explicó anteriormente, sino que constituye un claro desconocimiento del deber que tiene a su cargo el Gobierno nacional. (...) Ahora, está demostrado que aun no se ha realizado el retiro **efectivo** de la señora... de la Notaría..., pues como lo constató el Despacho Ponente el pasado... aquella todavía se desempeña como tal. Lo anterior permite concluir sin ambages, que en el presente asunto, el Gobierno nacional no ha cumplido con el deber que tiene a su cargo, pues la expedición del acto administrativo de retiro corresponde a una mera formalidad que no cumple con la finalidad de la causal de retiro forzoso por cumplimiento de 65 años de edad lo cual, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, no riñe con la Carta Política. (...)” (Negritillas en el original; subrayas añadidas).*

Por todas las razones anteriores, la Sala reitera que la interpretación sistemática de las normas que regulan el servicio notarial, especialmente los artículos 137, 145, 147, 148, 150, 151, 182 y 190 del Decreto Ley 960 de 1970, en armonía con el artículo 2º de la Ley 588 de 2000 y las correspondientes disposiciones reglamentarias, permiten concluir con claridad que una vez producida la falta absoluta de un notario y la vacante en la respectiva notaría, lo cual se genera, entre otras circunstancias, por la llegada del notario a la edad de retiro forzoso (independientemente de un acto administrativo que así lo declare), el Gobierno nacional o los gobernadores, según corresponda, deben proceder a retirar **efectivamente** al notario (si este no lo hace voluntariamente), en un plazo no superior a un mes, y **simultáneamente, proceder a nombrar a la persona que lo deba reemplazar**, ya sea en propie-

dad, o bien en interinidad, ora en encargo, según corresponda, sin que el artículo 150 del estatuto notarial constituya impedimento u obstáculo alguno para realizar dicha actuación.

Finalmente, aclara la Sala que nada de lo expresado atrás significa que los actos jurídicos, las decisiones y, en general, las actuaciones cumplidas por los notarios públicos que se encuentran en esta situación, carezcan de validez o de eficacia jurídica, pues el artículo 142 del Estatuto de Notariado dispone sobre este punto:

*“Artículo 142. Las funciones del cargo se asumen por la designación seguida de la posesión, pero **las anomalías que se hayan presentado en el nombramiento, confirmación o posesión de quien esté ejerciendo el cargo, no afectan la validez de la actuación oficial de él**”.* (Se subraya).

Esta norma recoge un principio comúnmente aceptado en el derecho electoral y en el derecho administrativo laboral, de acuerdo con el cual la invalidez de una elección o de un nombramiento o, en general, la ilegalidad de la condición en la cual una persona ejerce un cargo o cumple una función pública, no afecta, en principio, la existencia ni la validez de los actos y las actuaciones realizadas por aquella.

## 2. El concurso público de méritos para escoger notarios en propiedad y la carrera notarial. Derechos adquiridos por los incluidos en la lista de elegibles

Tal como se ha mencionado previamente, el artículo 131 de la Constitución Política ordena perentoriamente que los notarios en propiedad sean nombrados mediante concurso de méritos. Este mandato constitucional ha sido reivindicado y protegido en numerosas oportunidades por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado y por otras autoridades judiciales. La Corte Constitucional, incluso, declaró en el pasado un “estado de cosas inconstitucional” por la no realización del concurso para el nombramiento de notarios o por las deficiencias, irregularidades, vacíos, contradicciones y demás obstáculos que se presentaron en concursos de este tipo y que impidieron durante un tiempo nombrar efectivamente y poner en el ejercicio del cargo a quienes tenían los méritos y obtuvieron los mejores puntajes para ello. Un resumen de esta situación y de la jurisprudencia constitucional sobre este punto puede consultarse en la sentencia SU- 913 de 2009<sup>227</sup>.

Este mandato constitucional fue desarrollado en la Ley 588 de 2000, que establece, entre otros asuntos, las reglas básicas con fundamento en las cuales deben llevarse a cabo los concursos de notarios y administrarse la carrera notarial. Los artículos 2º y 3º disponen, en lo pertinente:

*Artículo 2º. Propiedad e interinidad. **El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso de méritos. En caso de vacancia, si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso (...)**”.*

227 Corte Constitucional, Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. Expedientes acumulados T-2210489, T-2223133, T-2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.



Artículo 3º. *Lista de elegibles. Los notarios serán nombrados por el gobierno, de la lista de elegibles que le presente el organismo rector de la carrera notarial, las cuales deberán publicarse en uno o varios diarios de amplia circulación nacional. La lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años (...)*. (Se resalta).

Como se aprecia, la realización del concurso público de méritos para la escogencia de notarios en propiedad, el nombramiento de los notarios que figuren en los primeros puestos de la lista de elegibles y la inscripción de los mismos en la respectiva carrera, no son simples opciones o posibilidades que el Gobierno tiene y de las cuales pueda hacer uso o no, sino que son deberes constitucionales y legales de imperativo cumplimiento.

Ahora bien, importa determinar, en este punto del concepto, cuál es la naturaleza jurídica de los derechos (si es que los tienen) o de las expectativas generadas para las personas que han participado en un concurso de méritos y han quedado inscritas en la lista de elegibles, especialmente en los primeros lugares de ella y hasta concurrencia del número de cargos a proveer.

A este respecto, la jurisprudencia más reciente y reiterada de la Corte Constitucional, acogida en varios casos por el Consejo de Estado, establece claramente que tales personas no tienen una mera expectativa que pueda ser desconocida por el legislador, sino un verdadero **derecho adquirido**, consistente en el derecho a ser nombrado en el cargo, según el orden de elegibilidad que corresponda, derecho que conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución Política, debe ser respetado incluso por el legislador, quien no puede dictar disposiciones que lo desconozcan o dejen sin efecto, so pena de indemnizar a quienes se vean privados de su ejercicio. Así lo explicó la Corte en la citada sentencia SU- 913 de 2009, refiriéndose específicamente al concurso para notarios:

**“11.2.1** *Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que **aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido**. Al respecto, indicó la Corporación:*

*“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe...”*

**Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo** y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, **sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.**

*En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando*

**para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.**

*Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquellos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente”. (...)*

**11.2.2** *Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, **expide un acto administrativo de carácter particular y concreto**, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; **lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles**; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, **crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.***

*En el caso en estudio la lista de elegibles, **en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior (...)** A partir de dicho mandato, **la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado**<sup>228</sup> (...).” (Negrillas fuera del texto).*

Esta misma posición fue reiterada por la Corte en la Sentencia T-402 de 2012:

**“6. Los derechos constitucionales fundamentales de quienes ocupan los primeros puestos en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales. Reiteración de jurisprudencia**

*La jurisprudencia constitucional ha señalado<sup>229</sup>, de manera coincidente que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”<sup>230</sup>. Por otro lado, ha establecido que “aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”<sup>231</sup>.*

*Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que **cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nom-***

228 “[54] Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008”.

229 “[14] Ver Sentencia T-156 de 2012. M. P. María Victoria Calle Correa. En la mencionada providencia se abordaron las consideraciones que a continuación se esbozan en relación con los derechos constitucionales fundamentales de los primeros puestos en los concursos de méritos”.

230 “[15] Sentencia SU-913 de 2009...”.

231 “[16] Sentencia T-455 de 2000; Sentencia SU-913 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”.

**bradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.**

La situación descrita, según la Corte, **también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa... y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”**<sup>232</sup>.

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, **en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos**<sup>233</sup>.

De allí que la Corte haya concluido que **“(...) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que esta establece.**<sup>234</sup> En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que **garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito** y las más altas condiciones para acceder a ellos. (...)” “(Negrillas de la Sala).

Es claro, entonces, que quienes resultan incorporados en los primeros lugares de la lista de elegibles, por haber obtenido los mayores puntajes en el respectivo concurso, luego de superar exitosamente todas las pruebas, exámenes y etapas de dicho procedimiento, tienen un derecho adquirido y no una simple expectativa o una “expectativa legítima” para ser nombrados en el respectivo cargo. Tal derecho está protegido en los términos del artículo 58 de la Carta Política y, como tal, no puede ser desconocido ni vulnerado por los particulares ni por las autoridades, incluyendo el propio legislador, a menos que, en este último caso, así lo determine expresamente, *“por motivos de utilidad pública o de interés social”*, y disponga, asimismo, la debida indemnización a las personas que resulten afectadas con la aplicación retroactiva de la correspondiente ley.

En el caso que nos ocupa, la Ley 1821 de 2016 no tiene por objeto regular el concurso público de notarios ni el ingreso a la carrera notarial; no se refiere a los derechos de las personas que resultaron elegidas en el último concurso público de notarios; no es retroactiva, tal como se ha demostrado; no ha invocado *“motivos de utilidad pública e interés social”* para afectar derechos adquiridos de carácter individual, ni ha ordenado el pago de las respectivas indemnizaciones.

En esa medida, si bien la citada ley resulta aplicable a los notarios públicos, por ser ellos particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente, tal como atrás se indicó, no es posible que la aplicación de dicha ley genere el desconocimiento o la vulneración de los derechos adquiridos por quienes resultaron incluidos válidamente en

232 “[18] Sentencia SU-913 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”.

233 “[19] Sentencia SU-913 de 2009 (M. P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio)”.

234 “[20] Sentencias C-040 de 1995, T-451 de 2002 SU -086 de 1999 y T-1701 de 2000”.

los primeros lugares de la lista de elegibles confeccionada como resultado del respectivo concurso de méritos.

Una interpretación de la Ley 1821 en ese sentido, resultaría ostensiblemente inconstitucional, no solamente por vulnerar los derechos fundamentales de tales individuos (el derecho al debido proceso, a la buena fe, a la protección de los derechos adquiridos, a la confianza legítima, al trabajo y a la igualdad, entre otros), sino también por desconocer la irretroactividad de la ley y el principio del mérito para el acceso a la función pública, consagrado de manera general en el artículo 125 de la Carta y para los notarios, en particular, en el artículo 131 *ibídem*.

Adicionalmente, tal interpretación violaría varias normas legales o con fuerza de ley incluidas en el Decreto Ley 960 de 1970 y en la Ley 588 de 2000, las reglas propias del concurso, contenidas en el Acuerdo N° 001 del 9 de abril de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, además de claros y reiterados precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Por otra parte, debe recordarse que, según lo explicado en el numeral anterior de este acápite, los notarios públicos que fueron “retirados” de sus cargos por haber llegado a la edad de retiro forzoso, pero que continúan ejerciendo sus cargos, no tienen ni tenían antes de la Ley 1821 de 2016, un derecho a permanecer en el ejercicio de la respectiva función pública. En esa medida, aunque la situación fáctica descrita en la consulta pareciera corresponder a un “conflicto de derechos” (los derechos de los notarios en ejercicio contra los derechos de los aspirantes elegidos), tal conflicto no pasa de ser puramente aparente, pues los notarios retirados no tienen un derecho constitucional ni legalmente amparado para permanecer en su cargos, mientras que las personas incluidas en los primeros lugares de la lista de elegibles tienen un “derecho adquirido”, constitucional y legalmente protegido.

No es necesario, en consecuencia, referirse a los principios y criterios elaborados por la jurisprudencia y la doctrina para resolver esta clase de conflictos, ni tampoco resulta necesario profundizar en la cuestión de si el “*principio de favorabilidad*” resulta o no aplicable a los notarios, como se sugiere en la consulta.

En todo caso, y solo para responder una de las preguntas formuladas en la consulta, vale la pena mencionar que si el principio de favorabilidad al cual se hace referencia es el de “favorabilidad laboral”<sup>235</sup>, es decir, aquel que beneficia a los trabajadores o empleados en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que los regulan, dicho principio no sería aplicable, dado que, para la jurisprudencia mayoritaria, los notarios no son servidores públicos sino particulares que ejercen funciones públicas y, por lo tanto, no tienen una relación laboral con el Estado.

En virtud de las consideraciones precedentes,

---

235 Pues el principio de favorabilidad existe en diferentes campos, como en materia penal y sancionatoria, o a favor de los niños y adolescentes etc.

## LA SALA RESPONDE

1. *¿La remisión del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 se refiere al artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o a la totalidad del artículo 1 del Decreto 3074 de 1968?. ¿En caso de que lo sea solo el (sic) artículo 29 del artículo (sic) del Decreto 2400 de 1968, es viable que el Gobierno nacional expida un decreto de yerros aclarando la remisión?*

Como se deduce de un análisis cuidadoso de los antecedentes del artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, la remisión que el inciso segundo de dicha norma hace al “*artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968*” debe entenderse referida al artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, que contiene el listado de los cargos públicos expresamente exceptuados de la causal de retiro forzoso por la edad.

En principio, la Sala considera que tal yerro caligráfico podría ser corregido por el Gobierno nacional, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913. Sin embargo, se advierte que la respectiva corrección tendría que hacerse simultáneamente y de manera armónica con la corrección del yerro detectado en el artículo 4º de la Ley 1821 de 2016, donde se incluyó, entre las normas derogadas expresamente, al Decreto “3074 de 1968 (*artículo 29*)”, norma que no existe.

2. *En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?*

Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2º de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme.

Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales.

3. *¿Cuál es el alcance de la Ley 1821 de 2016 frente a las vacantes que se generen durante la vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial?*

Tal como se explica en este concepto, la Ley 1821 de 2016 no produce ningún efecto en relación con las vacantes que **se generaron antes de su entrada en vigencia**, por haber llegado algunos notarios públicos a la edad de retiro forzoso. En consecuencia, tales vacantes deben ser provistas, en el orden que corresponda, con las personas que resultaron incluidas en la lista de elegibles.

Sin embargo, los notarios públicos que hayan cumplido o cumplan la edad de 65 años **a partir de la entrada en vigencia** de la Ley 1821 quedan sujetos automáticamente a la nueva edad de retiro forzoso prevista en el artículo 1° de la Ley 1821 de 2016, por lo que, en esos casos, no se genera vacancia en la respectiva notaría al llegar a los 65 años de edad, ni sus titulares están obligados a retirarse del cargo antes de cumplir la nueva edad de retiro forzoso.

*4. En los términos del artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos los notarios que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley de (sic) 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años y (ii) su situación laboral está definida mediante acto administrativo de retiro, pero continúan ejerciendo sus funciones por razones de necesidades del servicio hasta la posesión de su reemplazo?*

No pueden permanecer voluntariamente en sus cargos los notarios públicos a quienes se refiere esta pregunta, por las razones de tipo general y especial (para los notarios) que se explican detenidamente en este concepto.

*5. A pesar de que no existe relación laboral entre los notarios y Estado (sic) ¿Es aplicable el principio de favorabilidad a los notarios?*

En opinión de la Sala, el principio de favorabilidad **laboral** no es aplicable a los notarios públicos, en la medida en que, según lo manifestado en forma reiterada y mayoritaria por la jurisprudencia, los notarios no son servidores públicos, ni existe relación laboral entre ellos y el Estado, sino que se trata de **particulares** que ejercen un servicio público y cumplen una función pública. No obstante, se aclara que la aplicabilidad o no del principio de favorabilidad laboral **a los notarios**, no ha sido considerada por la Sala en este concepto como un criterio necesario o determinante para dar respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno nacional.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Édgar Gonzalez 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.



---

VII. HACIENDA PÚBLICA,  
BIENES DEL ESTADO  
Y TRIBUTOS

---





## 1. Fiscalización, determinación y cobro de obligaciones a favor del ICBF

### Radicado 2285

Fecha: 01/11/2016

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 23 de mayo de 2017

La Directora del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social consulta a la Sala sobre algunos temas atinentes a la fiscalización, determinación y cobro de obligaciones a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

### I. Antecedentes

La Directora explica que el artículo 113 de la Ley 6 de 1992 facultó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para realizar procesos de fiscalización y cobro por concepto de aportes parafiscales, y que la Ley 1066 de 2006 otorgó a las entidades públicas la facultad de efectuar cobros coactivos mediante el trámite establecido en el Estatuto Tributario. No obstante la Ley 1607 de 2012 estableció que será la UGPP la entidad a cargo de adelantar las acciones de determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.

Así las cosas, formula las siguientes preguntas:

*“a.1. ¿El ICBF tiene la competencia para adelantar los procesos de fiscalización por mora con posterioridad a la vigencia de la Ley 1607 de 2012?”*

*a.2. En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, se consulta: ¿El ICBF tiene competencia para adelantar la determinación de la obligación mediante acto administrativo, que una vez ejecutoriado, constituye el título ejecutivo a favor de la Entidad por concepto de mora con posterioridad a la vigencia de la Ley 1607 de 2012?”*

*b.1. ¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación en temas que lo requieren pero que no buscan exclusivamente la determinación de una deuda, como en el caso de la devolución de mayores valores pagados?”*

*b.2. ¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación con el fin de presentar las acreencias a su favor una vez que el empleador entra en un proceso de liquidación o concursal?”*

*b.3. ¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación para dar respuesta a las solicitudes de paz y salvo requeridas por el empleador frente a su obligación con el ICBF?”*

c. *¿Cuál es el término legal con el que cuenta el interesado para presentar una solicitud de devolución de mayor valor pagado?*

d. *¿Son aplicables al ICBF los incisos 3 y 4 del artículo 54 de la Ley 1739 de 2014?*”

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Directora, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, ii) parafiscalidad a favor del ICBF, iii) la adscripción del ICBF, iv) la UGPP, v) fiscalización y cobro de los aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, vi) remisión de deudas tributarias y vii) pagos de mayores valores a los realmente adeudados.

#### **A. El Sistema Nacional de Bienestar Familiar**

El Decreto 936 de 2013 “*por el cual se reorganiza el sistema nacional de bienestar familiar, se reglamenta el inciso primero del artículo 205 de la ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones*” prevé que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar es el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

También establece la norma que el servicio público de bienestar familiar es el conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar.

Son principios rectores del sistema i) garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, ii) la prevalencia de los derechos de la niñez, iii) la protección integral, iv) el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, y v) los principios rectores de las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia.

Sus objetivos son:

- i) Lograr la protección integral de la primera infancia, la infancia y la adolescencia y promover el fortalecimiento familiar a través de una respuesta articulada y oportuna del Estado bajo el principio de corresponsabilidad con la familia y la sociedad.
- ii) Promover la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas de primera infancia, infancia y adolescencia y fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional y territorial con enfoque diferencial.
- iii) Lograr que la primera infancia, la infancia y la adolescencia y el fortalecimiento familiar sean una prioridad social, política, técnica y financiera en el ámbito nacional y territorial.

- iv) Mejorar el ejercicio de la participación y movilización social en torno a la protección integral de la primera infancia, la infancia, la adolescencia y el fortalecimiento familiar en los niveles nacional y territorial.
- v) Evaluar y hacer seguimiento del estado de realización de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, dentro de los agentes del sistema están el Departamento Administrativo para la Prosperidad (DPS) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

## **B. Parafiscalidad a favor del ICBF**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 12 de la Constitución, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce entre otras funciones la de “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. Por su parte, el artículo 338 *ibídem* prevé:

*“Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

*La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.*

*Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.*

Al interpretar las normas superiores señaladas, la Corte Constitucional ha afirmado que el legislador puede establecer ingresos tributarios en tres categorías a saber:

*“a) El impuesto: Se ha definido como un ingreso tributario que se exige sin contar con el consentimiento directo del obligado y sin consideración al beneficio inmediato que el contribuyente pueda derivar de la acción posterior del Estado. Es pues, un acto que implica la imposición de un deber tributario para un fin que pretende satisfacer el interés general; este deber es señalado unilateralmente por la autoridad del Estado y el obligado no señala el destino del tributo, sino que su acto se limita a una sujeción de la autoridad que lo representa mediatamente a él, de suerte que el fin, de una u otra forma, no solo es preestablecido por la expresión de la voluntad general, sino que vincula al contribuyente, en cuanto este se beneficia del bien común que persigue toda la política tributaria.*

b) *Tasas: Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero solo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.*

... El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta<sup>236</sup>.

c) ***Contribuciones parafiscales: Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable<sup>237</sup>.*** (Destaca la Sala).

La Sección Cuarta de la Corporación ha precisado más aún la naturaleza de la parafiscalidad, en los siguientes términos:

*“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para el beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. (...)*

*A partir de tal definición, tres son los elementos que distinguen la parafiscalidad, a saber: la obligatoriedad que surge de la soberanía fiscal del Estado; la singularidad en cuanto se cobran de manera obligatoria a un grupo específico; y la destinación sectorial por estar destinadas a sufragar gastos de entidades que desarrollan funciones administrativas de regulación o fiscalización<sup>238</sup>.*

En lo que a la obligación del pago de los aportes parafiscales al ICBF respecta, originalmente estaba lo consagrado en el artículo 245 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

*“Artículo 245. Salas cunas. 1. En las empresas en donde presten servicios más de cincuenta (50) trabajadoras, el patrono está en la obligación de fundar y sostener una sala-cuna destinada a los hijos menores de dos (2) años de dichas trabajadoras”.*

Posteriormente, el artículo 2 de la Ley 27 de 1974 modificó el artículo anterior, en los siguientes términos:

236 Corte Constitucional. Sentencia C-465 de 1993.

237 Ley 225 de 1995, Artículo 2.

238 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 5 de octubre de 2006. Radicado 14527 y sentencia del 4 de octubre de 2013. Radicado 2009-00086.

*“Artículo 2º. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar atienda la creación y sostenimiento de centros de atención integral al preescolar, para menores de 7 años hijos de empleados y trabajadores oficiales y privados”.*

Finalmente, el artículo 1º de la Ley 89 de 1988 aumentó al 3% el monto del aporte y extendió al ICBF los alcances del artículo 17 de la Ley 21 de 1982<sup>239</sup>, tal como se transcribe a continuación:

*“Ley 89 de 1988. Artículo 1º. A partir del 1º de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7a. de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.*

*Parágrafo 1º. Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales (ISS) o los de subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. (...).”*

Observa la Sala que la parafiscalidad en favor del ICBF es atípica en la medida que ha sido impuesta por el legislador en cabeza de determinado grupo socio económico -los empleadores públicos y privados-, pero con el objeto de beneficiar a las familias de menores ingresos y con hijos menores de edad a que se refieren las normas que establecen la contribución; es decir que no se beneficia directamente quien la ha pagado<sup>240</sup>.

### C. La adscripción del ICBF

La Ley 7 de 1979 en el artículo 19 estableció que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sería un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud. Con la Ley 790 de 2002 se fusionaron el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud y se conformó el Ministerio de la Protección Social.

En consecuencia, el Decreto 205 de 2003 “[p]or el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 4 dispuso:

*“Artículo 4º. Integración. El Sector Administrativo de la Protección Social estará integrado por el Ministerio de la Protección Social y sus entidades adscritas y vinculadas y está*

239 Artículo 17º. Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Los pagos hechos en moneda extranjera; deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.

240 Ver: Corte Constitucional. Sentencias C 711 y 1773 de 2001.

*orientado a la coordinación, dirección, desarrollo, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas, planes y programas relacionados con la Seguridad Social, Seguridad Laboral y Promoción Social.*

*La dirección del sector estará a cargo del Ministerio de la Protección Social.*

*Son entidades adscritas al Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia del Subsidio Familiar, el Instituto Nacional de Cancerología, el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, el Sanatorio de Agua de Dios, el Sanatorio de Contratación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Instituto Nacional de Salud, el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, el Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria (Capresub).*

*Son entidades vinculadas al Ministerio de la Protección Social, el Instituto de Seguros Sociales, ISS, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), la Empresa Territorial para la Salud (Etesa), y la Promotora de Vacaciones y Recreación Social (Prosocial), en liquidación”. (Resalta la Sala).*

Por otra parte, mediante el Decreto 4155 de 2011 se transformó el establecimiento público Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, como organismo principal de la administración pública del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación. Finalmente, en el Decreto 4156 de 2011 se previó lo siguiente:

*“Artículo 1°, Determinación de la adscripción. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quedará adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. En consecuencia se reorganiza el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación”.*

Como se aprecia, en los últimos 13 años el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha tenido cambios en su adscripción: i) con ocasión de la fusión de los ministerios de Salud y el de Trabajo y Seguridad Social el ICBF pasó, de la mano del Ministerio de Salud, a ser parte del Sector Administrativo de la Protección Social, y ii) una nueva adscripción sobrevino con ocasión de la decisión de creación del Sector de Inclusión Social y Reconciliación. Las anteriores circunstancias aparejan consecuencias para el tema de la consulta, como se explicará a continuación.

#### **D. La UGPP**

El artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*” creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), como una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La creación de la entidad fue uno de los instrumentos para concretar

los objetivos de dicho Plan, a saber: i) mantener el crecimiento económico alcanzado en el cuatrienio 2002-2006 y ii) complementarlo con una noción más amplia de desarrollo.

Es menester anotar que la Corte Constitucional en la sentencia C-376 de 2008 declaró exequible el artículo 156 de la Ley 1151 que creó la Unidad Administrativa Especial, pues de conformidad con el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República determinar la estructura de la administración nacional y “*crear, suprimir o fusionar*” ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional.

En dicha sentencia manifestó la Corte que con la creación de la mencionada Unidad Administrativa se presenta una relación de conexidad teleológica directa con la reorganización del marco institucional del Régimen de Prima Media del orden nacional y permitirá a través de una especialización funcional, el logro de la eficiencia operativa que redundará en la garantía y efectividad de los derechos de los asegurados que se han venido obstaculizando por el incumplimiento de la obligación de liquidar y pagar en forma legal y oportuna las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En punto de las funciones, la ley estableció como esenciales las siguientes:

1. El reconocimiento de pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación.

2. El seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social.

3. El cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos.

En lo que atañe a la temática consultada, se encuentran las siguientes normas:

Ley 1607 de 2012:

**“Artículo 178. Competencia para la determinación y el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.** *La UGPP será la entidad competente para adelantar las acciones de determinación y cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, respecto de los omisos e inexactos, sin que se requieran actuaciones persuasivas previas por parte de las administradoras.*

**Parágrafo 1º.** *Las administradoras del Sistema de la Protección Social continuarán adelantando las acciones de cobro de la mora registrada de sus afiliados, para tal efecto las administradoras estarán obligadas a aplicar los estándares de procesos que fije la UGPP. La UGPP conserva la facultad de adelantar el cobro sobre aquellos casos que considere conveniente adelantarlos directamente y de forma preferente, sin que esto implique que las*



administradoras se eximan de las responsabilidades fijadas legalmente por la omisión en el cobro de los aportes.

**Parágrafo 2º.** La UGPP podrá iniciar las acciones sancionatorias y de determinación de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con la notificación del Requerimiento de Información o del pliego de cargos, dentro de los cinco (5) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable. En los casos en que se presente la declaración de manera extemporánea o se corrija la declaración inicialmente presentada, el término de caducidad se contará desde el momento de la presentación de la declaración extemporánea o corregida.

**Artículo 179. Sanciones.** La UGPP será la entidad competente para imponer las sanciones de que trata el presente artículo y las mismas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los respectivos intereses moratorios o cálculo actuarial según sea el caso.

1. El aportante que omita la afiliación y/o vinculación y no pague los aportes al Sistema de la Protección Social en la fecha establecida para tal fin, deberá liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes de retardo, de acuerdo al número de empleados, la cual aumentará si el pago se realiza con ocasión de la notificación del Requerimiento para Declarar o la Liquidación Oficial proferidos por la UGPP, conforme a los siguientes porcentajes del valor del aporte mensual a cargo:

Rangos de empleados	Sanción antes de la notificación del requerimiento para declarar	Sanción con la notificación del requerimiento para declarar	Sanción con la notificación de la liquidación oficial
1-10	1,5%	3,0%	6,0%
11-30	2,0%	4,0%	8,0%
31-60	2,5%	5,0%	10,0%
61-90	3,0%	6,0%	12,0%
91-150	3,5%	7,0%	14,0%
>150	4,0%	8,0%	16,0%
Independientes	3,0%	6,0%	12,0%

2. El aportante que corrija por inexactitud las autoliquidaciones de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, sin que medie Requerimiento de Información de la UGPP, deberá liquidar y pagar una sanción equivalente al 5% del mayor valor a pagar, que se genere entre la corrección y la declaración inicial.

Cuando la UGPP notifique el primer Requerimiento de Información, la sanción aumentará al 20%.

Cuando la UGPP notifique el Requerimiento para Corregir, la sanción aumentará al 35%.

*Si la UGPP notifica Liquidación Oficial y determina el valor a pagar a cargo del obligado, impondrá sanción equivalente al 60% de la diferencia existente entre los aportes declarados y dejados de declarar.*

*3. Las personas y entidades obligadas a suministrar información a la UGPP, así como aquellas a las que esta entidad les haya solicitado informaciones y/o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello, se harán acreedoras a una sanción de cinco (5) UVT por cada día de retraso en la entrega de la información solicitada.*

*4. Las administradoras del Sistema de la Protección Social que incumplan los estándares que la UGPP establezca para el cobro de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, serán sancionadas hasta por doscientas (200) UVT.*

**Parágrafo.** *Los recursos recuperados por concepto de las sanciones de que trata el presente artículo serán girados al Tesoro Nacional.*

Ley 1739 de 2014:

**“Artículo 50.** *Modifíquese el artículo 180 de la Ley 1607 de 2012, el cual quedará así:*

**“Artículo 180. Procedimiento aplicable a la determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social y a la imposición de sanciones por la UGPP.** *Previo a la expedición de la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción, la UGPP enviará un Requerimiento para Declarar o Corregir o un Pliego de Cargos, los cuales deberán ser respondidos por el aportante dentro de los tres (3) meses siguientes a su notificación. Si el aportante no admite la propuesta efectuada en el Requerimiento para Declarar o Corregir o en el Pliego de Cargos, la UGPP procederá a proferir la respectiva Liquidación Oficial o la Resolución Sanción, dentro de los seis (6) meses siguientes, si hay mérito para ello.*

*Contra la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción procederá el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción. La resolución que lo decida se deberá proferir y notificar dentro del año siguiente a la interposición del recurso.*

**Parágrafo.** *Las sanciones por omisión e inexactitud previstas en el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012 no serán aplicables a los aportantes que declaren o corrijan sus autoliquidaciones con anterioridad a la notificación del requerimiento de información que realice la UGPP.”*

El marco jurídico expuesto permite arribar a una conclusión y es que la UGPP solamente tiene competencia para la determinación y cobro de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, lo que hoy no comprende las contribuciones parafiscales del ICBF.

Con el cambio de adscripción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ya explicado- y al pasar del Sector Administrativo de la Protección Social al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, las contribuciones parafiscales causadas con

posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4156 de 2011<sup>241</sup> no son contribuciones parafiscales de la Protección Social.

Por otra parte es menester precisar que el ICBF no es una entidad administradora del Sistema de la Seguridad Social y por ende la UGPP no le puede establecer estándares para el cobro de contribuciones ni efectuarlo directamente.

No sobra advertir que el Parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 1607 de 2012 dispone que “[s]in perjuicio de lo establecido en la presente ley tanto el ICBF como el SENA conservarán su autonomía administrativa y funcional”, y esa autonomía se mantiene en el ICBF para la fiscalización, determinación y cobro de los aportes parafiscales del Sistema de Bienestar Familiar. Dicha autonomía garantiza que en la actuación administrativa de determinación y cobro de contribuciones parafiscales se desarrollen más adecuadamente los principios de eficacia y economía.

Choca con tales principios sostener como idónea la interpretación que prescriba el que la UGPP determine, cobre y fiscalice las contribuciones parafiscales de una entidad como el ICBF, que pertenece a un sector administrativo diferente y a la que la Ley 1607 -que es precisamente la que le da competencia a la UGPP para la determinación y el cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social- le reconoce autonomía.

### **E. Fiscalización y cobro de los aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

Sobre el cobro de los aportes parafiscales, la Ley 6 de 1992 establece:

**“Artículo 113. Cobro de aportes parafiscales.** *Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al Instituto de Seguros Sociales, ISS, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades.*

*Las entidades a que se refiere la presente norma, podrán demandar el pago por la vía ejecutiva, ante la jurisdicción ordinaria; para este efecto la respectiva autoridad competente otorgará poderes a los funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales”.*

El segundo inciso debe entenderse como modificado para el ICBF en la medida que al ser una entidad a cargo de la prestación del servicio estatal del bienestar familiar, la Ley 1066 de 2006 le reconoce la facultad de cobro coactivo y en tal virtud no está obligado a acudir a la jurisdicción ordinaria para el cobro de los aportes a su favor. Dice el artículo 5 de la ley:

241 “Artículo 1”, Determinación de la adscripción. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quedará adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. En consecuencia se reorganiza el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación”.

**“Artículo 5º. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.**

*Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario”.*

En consonancia, el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011 prevé:

**“Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo.** *Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes”.*

Entonces, por ser el ICBF una de las “entidades públicas definidas” en el párrafo del artículo 104 ibídem, no cabe duda que tal instituto puede efectuar el cobro coactivo de los aportes parafiscales que la ley a creado en su favor y en tal virtud en ejercicio de la atribución del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1066 de 2006 debe “[e]stablecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago”. Dicho reglamento interno de recaudo deberá disponer lo pertinente a la fiscalización y determinación de las obligaciones a favor de la entidad.

En este punto se tiene que la Resolución 2868 de 2011 “Por la cual se establecen los lineamientos para adelantar el proceso de fiscalización y cobro del aporte parafiscal del 3% con destino al ICBF” prevé que el proceso comprende la verificación de la exactitud de los pagos con los soportes que entregue el aportante cuando la entidad lo considere necesario, el establecimiento de la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones parafiscales no liquidadas y dejadas de pagar por el aportante, la solicitud de exhibición de los libros, comprobantes y documentos que se requieran con el fin de examinarlos y obtener la información que permita determinar las bases de liquidación del aporte, detección de presuntos evasores, elusores y morosos mediante cruces de información periódicos con fuentes internas y el establecimiento de la situación real de pagos.

Respecto al procedimiento aplicable para efectuar el cobro, tanto el artículo 5 de la Ley 1066 ibídem como el 100 numeral 3 del CPACA son coincidentes en remitir al previsto en el Estatuto Tributario.

Ahora bien, es preciso aclarar que la competencia del ICBF para efectuar cobros coactivos no excluye la posibilidad de acudir ante los jueces competentes para demandar el pago por la vía ejecutiva, como lo prevé el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, respecto a la facultad para adelantar procesos de fiscalización y determinación de acreencias a favor del ICBF, una vez el empleador entra a procesos de liquidación o concursales, se precisa:

Como a pesar de la expedición de la Ley 1607 de 2012 dicha entidad conserva su competencia, deberá efectuar la fiscalización y determinación de las obligaciones por aportes a cargo del empleador para hacerse parte del respectivo proceso de concurso o de liquidación conforme a las previsiones de los artículos 845, 846 y 847 del Estatuto Tributario y 48 de la Ley 1116 de 2006, para obtener el reconocimiento y pago de las deudas.

## F. Remisión de deudas tributarias

La remisión de deudas tiene su origen en el Código Civil, cuyo artículo 1625 prevé que las obligaciones se extinguen, “en todo en parte”, por el fenómeno de la “remisión”. Esto significa, de conformidad con el artículo 1711, *ibídem*, que se trata de una liberación voluntaria del acreedor hacia el obligado de todo o de parte de la deuda, por las circunstancias que fueren, sin recibir nada a cambio o en pago<sup>242</sup>.

Para el caso de ICBF, tiene un deber de recaudo de los aportes parafiscales establecidos por la ley en su favor y dada su naturaleza de ingresos tributarios se encuentra que artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 y el artículo 100 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011 remiten a los procedimientos del Estatuto Tributario para su cobro. Dentro de dicho contexto se encuentra que el artículo 820 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 54 de la Ley 1739 de 2014<sup>243</sup> prevé:

**“Artículo 820. Remisión de las deudas tributarias.** Los Directores Seccionales de Impuestos y/o Aduanas Nacionales quedan facultados para suprimir de los registros y cuentas de los contribuyentes de su jurisdicción, las deudas a cargo de personas que hubieren muerto sin dejar bienes. Para poder hacer uso de esta facultad deberán dichos funcionarios dictar la correspondiente resolución allegando previamente al expediente la partida de defunción del contribuyente y las pruebas que acrediten satisfactoriamente la circunstancia de no haber dejado bienes.

*El Director de Impuestos y Aduanas Nacionales o los Directores Seccionales de Impuestos y/o Aduanas Nacionales a quienes este les delegue, quedan facultados para suprimir de los registros y cuentas de los contribuyentes, las deudas a su cargo por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y demás obligaciones cambiarias y aduaneras cuyo cobro esté a cargo de la UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sanciones, intereses, recargos, actualizaciones y costas del proceso sobre los mismos, siempre que el valor de la obligación principal no supere 159 UVT, sin incluir otros conceptos como intereses, actualizaciones, ni costas del proceso; que no obstante las diligencias que se hayan efectuado para su cobro, estén sin respaldo alguno por no existir bienes embargados, ni garantía alguna y tengan un vencimiento mayor de cincuenta y cuatro (54) meses.*

242 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2014. Ref.: C-1100131030252001-00457-01.

243 Norma reglamentada por el Decreto 2452 de 2015.

*Cuando el total de las obligaciones del deudor, sea hasta las 40 UVT sin incluir otros conceptos como sanciones, intereses, recargos, actualizaciones y costas del proceso, podrán ser suprimidas pasados seis (6) meses contados a partir de la exigibilidad de la obligación más reciente, para lo cual bastará realizar la gestión de cobro que determine el reglamento.*

*Cuando el total de las obligaciones del deudor supere las 40 UVT y hasta 96 UVT, sin incluir otros conceptos como sanciones, intereses recargos, actualizaciones y costas del proceso, podrán ser suprimidas pasados dieciocho meses (18) meses desde la exigibilidad de la obligación más reciente, para lo cual bastará realizar la gestión de cobro que determine el reglamento.*

**Parágrafo.** *Para determinar la existencia de bienes, la UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá adelantar las acciones que considere convenientes, y en todo caso, oficiar a las oficinas o entidades de registros públicos tales como Cámaras de Comercio, de Tránsito, de Instrumentos Públicos y Privados, de propiedad intelectual, de marcas, de registros mobiliarios, así como a entidades del sector financiero para que informen sobre la existencia o no de bienes o derechos a favor del deudor. Si dentro del mes siguiente de enviada la solicitud a la entidad de registro o financiera respectiva, la Dirección Seccional no recibe respuesta, se entenderá que la misma es negativa, pudiendo proceder a decretar la remisibilidad de las obligaciones.*

*Para los efectos anteriores, serán válidas las solicitudes que la DIAN remita a los correos electrónicos que las diferentes entidades han puesto a disposición para recibir notificaciones judiciales de que trata la Ley 1437 de 2011.*

*No se requerirá determinar la existencia de bienes del deudor para decretar la remisibilidad de las obligaciones señaladas en los incisos tres y cuatro del presente artículo.*

**Parágrafo transitorio.** *Los contribuyentes que se acogieron a las normas que establecieron condiciones especiales de pago de impuestos, tasas y contribuciones establecidas en leyes anteriores y tienen en sus cuentas saldos a pagar hasta de 1 UVT por cada obligación que fue objeto de la condición de pago respectiva, no perderán el beneficio y sus saldos serán suprimidos por la Dirección Seccional de Impuestos sin requisito alguno; en el caso de los contribuyentes cuyos saldos asciendan a más de una (1) UVT por cada obligación, no perderán el beneficio consagrado en la condición especial respectiva si pagan el mismo dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta norma<sup>244</sup>*

Se anota entonces que la remisión de obligaciones prevista en los incisos 3 y 4 del artículo 54 de la Ley 1739 de 2014 -a los cuales se refiere la consulta- es una facultad que se otorga exclusivamente al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales a cuyo cargo está el cobro de impuestos, tasas, contribuciones y obligaciones cambiarias y aduaneras, y de los Directores Seccionales de Impuestos y Aduanas en quienes este delegue. En tal medida, no puede afirmarse que el ICBF tenga la competencia para efectuar la remisión antes mencionada pues se desconocerían los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

<sup>244</sup> Según Resolución Número 000115 del 6 de noviembre de 2015, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), fijó en \$29.753 la Unidad de Valor Tributario (UVT) que regirá a partir del 1° de enero de 2016

Sin embargo, en el Concepto 2170<sup>245</sup>, esta Sala dijo que las entidades públicas deberán adelantar las acciones administrativas necesarias para la depuración de saldos una vez se verifique la relación costo-beneficio y podrán desistir de la acción de cobro a que haya lugar si esta es negativa para la entidad, lo que a la postre se traducirá en la extinción de la obligación, pues no puede sostenerse de manera irreflexiva que el Estado deba efectuar el cobro de obligaciones a su favor cuando efectuados los análisis pertinentes se establezca que de acuerdo a la relación costo-beneficio se va a generar un detrimento o pérdida para el patrimonio público.

A los procedimientos coactivos les son aplicables los principios de las actuaciones administrativas previstos en el artículo 209 de la Constitución y en particular para el caso que ocupa la atención de la Sala, el de eficacia consagrado en el mismo artículo constitucional y en el artículo 3, numeral 11 de la Ley 1437 de 2011 que enseña que las autoridades deben buscar que los procedimientos logren su finalidad. También deben aplicarse los principios de economía, austeridad y eficiencia previstos en el numeral 12 que dice:

*“12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.*

La finalidad de los cobros coactivos –entiende la Sala– es obtener el pago de obligaciones insolutas a favor de las entidades públicas que consten en documentos que presten mérito ejecutivo, pero ante todo consiste en la recuperación efectiva de dinero sin generar pérdidas para la Administración. Bien lo señala el artículo 1.º de la Ley 1066 de 2006 *“Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”* al decir que la gestión del recaudo debe ser eficaz y eficiente, con el fin de obtener liquidez para el tesoro público.

### **G. Pagos de mayores valores a los realmente adeudados**

En los casos en que los aportantes han realizado pagos de mayores valores a los realmente adeudados, se constituye enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad y un empobrecimiento correlativo del aportante, constituyéndose la obligación de restituir los dineros pagados en exceso.<sup>246</sup> Al respecto, esta Sala<sup>247</sup> ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

*“Para la Sala, la obligación legal de reintegrar los recursos apropiados “sin justa causa” tiene soporte en principios generales del derecho, como aquel que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Este principio general del enriquecimiento sin justa causa, tiene aplicación en todos los campos de la legislación, en virtud de lo ordenado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En desarrollo de este principio el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2º regula el denominado “cuasicontrato del pago de lo no*

245 Concepto de 10 de diciembre de 2013

246 ICBF. Resolución 575 de 2016.

247 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto el 7 de diciembre de 2015. Radicado 2235.

*debido”; y el artículo 831 del Código de Comercio preceptúa que “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.*

*El Código Civil define el concepto del pago de lo no debido en el artículo 2313, al indicar que “[s]i el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”. Coincide la doctrina en señalar que la configuración del pago de lo no debido exige, primero, que el pago se haya verificado por el deudor, creyendo deber; segundo, que la obligación que se pretendió cumplir no tenía existencia en el momento de realizar el pago; y tercero, que el deudor haya cometido un error, es decir, que haya pagado en la creencia de estar obligado.*

*El fundamento que permite el pago de lo no debido es, por tanto, el error. Como se observa, en el derecho civil, el pago indebido es aquel realizado a quien no tenía derecho a recibirlo, pues lo pagado no se debía, exigiéndose el error del que paga y siendo indiferente el error de quien cobra (...).*

En lo atinente el término para solicitar la devolución de los mayores valores pagados, la Sala acoge para el caso de la consulta lo dicho en el referido concepto 2235 de 2015 respecto a los pagos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, también considerados como parafiscales:

*“En consecuencia, es posible afirmar que la obligación legal de reintegrar los recursos de la salud apropiados “sin justa causa”, además de las previsiones legales que lo consagran, tienen soporte en el principio general del derecho que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro.*

*En tal virtud, la Sala estima procedente aplicar el término de dos (2) años que señala el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala el término de caducidad de la acción de reparación directa, teniendo en cuenta que este es el aplicable a la actio in rem verso, y a su vez, constituye el límite máximo de tiempo en que la administración y los particulares puedan solicitar la restitución de los recursos por la vía judicial o mediante una conciliación extrajudicial.*

*En efecto, en la jurisdicción contenciosa administrativa se ha entendido que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se puede pedir la reparación del equilibrio patrimonial roto por la presencia de un enriquecimiento sin justa causa, solo cuando se carezca de otra acción para reclamar la reparación patrimonial deprecada. A esta pretensión le corresponde la vía procesal o medio de control denominado acción de reparación directa, y le aplica en consecuencia todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad de dicha acción.*

*En conclusión, si el término de caducidad de dos (2) años lo establece la ley para la acción de reparación directa (literal i del numeral 2 del artículo 164 del CPACA) término que incluye la pretensión de enriquecimiento sin justa causa (actio in rem verso), ese límite temporal debe predicarse mutatis mutandis para el ejercicio de la facultad que tienen el administra-*



*“dor fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y a la Resolución 3361 de 2013 que lo reglamenta”.*

Además no puede pasarse por alto la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de noviembre de 2012 en la que se lee:

*“Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración. (...) Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante esta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.*

*(...) 14. Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción”.*

En congruencia, la Resolución 575 de 2016 “[p]or la cual se establecen los lineamientos para efectuar el control de la adecuada, completa y oportuna liquidación de las contribuciones parafiscales a favor del ICBF por parte de los aportantes y una adecuada colaboración interinstitucional con la UGPP” proferida por la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reza:

**“Artículo 15. Solicitud.** *Para dar trámite a las reclamaciones de los aportantes por mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, debe mediar solicitud escrita del aportante ante la Dirección Regional donde el aportante tenga el domicilio principal, esta debe contener el valor y el periodo solicitado en devolución, adjuntando los documentos solicitados en el art. 13 que permitan comprobar el mayor valor pagado, dentro del término de dos (2) años contados a partir del momento en que realizó el pago por mayor valor”.*

Con base en lo anterior,

#### **LA SALA RESPONDE**

1. *¿El ICBF tiene la competencia para adelantar los procesos de fiscalización por mora con posterioridad a la vigencia de la Ley 1607 de 2012?*

La competencia del ICBF para adelantar procesos de fiscalización por mora en los aportes establecidos por la ley a su favor no se afecta por la expedición de la Ley 1607 de 2012, pues al no ser contribuciones parafiscales de la Protección Social, están fuera de la órbita funcional de determinación y cobro por parte de la UGPP.

2. *En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, se consulta: ¿El ICBF tiene competencia para adelantar la determinación de la obligación mediante acto administrativo, que una vez ejecutoriado, constituye el título ejecutivo a favor de la Entidad por concepto de mora con posterioridad a la vigencia de la Ley 1607 de 2012?*

La Ley 1607 de 2012 no privó al ICBF de la competencia para determinar el monto de las obligaciones por aportes, incluidos los intereses por mora. Dicho monto deberá constar en el acto administrativo que se expida para el efecto, el cual, una vez ejecutoriado, constituirá el título ejecutivo para el cobro correspondiente.

3. *¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación en temas que lo requieren pero que no buscan exclusivamente la determinación de una deuda, como en el caso de la devolución de mayores valores pagados?*

La fiscalización y la determinación son procesos para verificar la exactitud de los pagos y mediante ellos deberá establecerse si los aportantes han efectuado pagos mayores a los que por ley están obligados. Como se explica en este concepto, la Ley 1607 de 2012 no le quitó al ICBF la competencia para desarrollar dichos procesos.

4. *¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación con el fin de presentar las acreencias a su favor una vez que el empleador entra en un proceso de liquidación o concursal?*

A pesar de la expedición de la Ley 1607 de 2012, el ICBF conserva la competencia para efectuar la fiscalización y la determinación de las obligaciones por aportes a cargo de los empleadores para hacerse parte del respectivo proceso de concurso o de liquidación.

5. *¿Conserva el ICBF la competencia para adelantar procesos de fiscalización y determinación para dar respuesta a las solicitudes de paz y salvo requeridas por el empleador frente a su obligación con el ICBF?*

La Ley 1607 de 2012 no afectó la competencia del ICBF para expedir los paz y salvos que requieran los empleadores, de acuerdo con los procesos de fiscalización y determinación de acreencias por aportes.

6. *¿Cuál es el término legal con el que cuenta el interesado para presentar una solicitud de devolución de mayor valor pagado?*

El interesado cuenta con un término de dos (2) años contados a partir del momento en que realizó el pago por mayor valor.

7. *¿Son aplicables al ICBF los incisos 3 y 4 del artículo 54 de la Ley 1739 de 2014?*

La remisión de obligaciones prevista en los incisos 3 y 4 del artículo 54 de la Ley 1739 de 2014 no puede ser aplicada por el ICBF, por ser de competencia exclusiva del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales a cuyo cargo está el cobro de impuestos, tasas, contribuciones y obligaciones cambiarias y aduaneras, y de los Directores Seccionales de Impuestos y Aduanas en quienes este delegue.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

## 2. Democratización de la propiedad accionaria del Estado. No se aplica a la enajenación de acciones de empresas ubicadas en el exterior.

### Radicado 2314

Fecha: 15/12/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de julio de 2017

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la aplicación de la Ley 226 de 1995, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política, a la venta de la propiedad accionaria que el Estado posee en empresas domiciliadas fuera del territorio nacional.

### I. Antecedentes

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

1. El artículo 60 de la Constitución Política establece que es deber del Estado promover el acceso a la propiedad. Además dispone que cuando el Estado enajene su participación en una empresa *“tomará 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”*.
2. En la Sentencia C-037 de 1994, la Corte Constitucional hizo énfasis en (i) la existencia de una obligación estatal de fomentar el acceso a la propiedad, la cual debe ser real, seria y efectiva para que los trabajadores y las organizaciones solidarias puedan participar de las ventajas del desarrollo económico; y (ii) el deber del legislador de establecer los estímulos y medios necesarios para que los trabajadores puedan participar en la gestión de las empresas y acceder a su propiedad accionaria.
3. Posteriormente, el artículo 60 de la Constitución Política fue desarrollado por la Ley 226 de 1995, que define el marco general aplicable a la enajenación de la propiedad accionaria estatal. Esta ley regula entre otros aspectos su ámbito de aplicación, la obligación de establecer condiciones especiales (favorables) al sector solidario, la definición de las personas que conforma dicho sector solidario, etc.
4. Sin embargo, dice el organismo consultante, la ley no dice nada sobre eventuales enajenaciones de propiedad accionaria del Estado en el exterior, lo que a su juicio se entiende porque *“las materias relacionadas con este asunto escapan al excepcional principio de aplicación extraterritorial de la ley”*. El principio de extraterritorialidad de la ley, dice, es de aplicación excepcional y solo se aplica en materias penales, de estado civil de las personas y de capacidad de los nacionales domiciliados en el exterior para celebrar actos con efectos jurídicos en Colombia.
5. El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional suscrito en Montevideo, integrado al ordenamiento nacional mediante la Ley 40 de

1993<sup>248</sup>, establece el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las Sentencias C-249 de 2004 y T-1157 de 2000.

6. En este orden, el organismo consultante considera que *“el legislador reconoció, con su silencio, que las enajenaciones de la propiedad accionaria estatal cuando quiera que recaen sobre sociedades constituidas y existentes en el exterior, no se sujetan ni al principio previsto en el artículo 60 de la Constitución Política, ni a las disposiciones de la Ley 226 de 1995”*.
7. La aplicación de la Ley 226 de 1995 a la venta de propiedad accionaria del Estado en el exterior, además de que resultaría contraria al principio de territorialidad de la ley, generaría diversas inquietudes, como por ejemplo (i) si habría que ofrecer condiciones favorables a los trabajadores de las respectivas empresas aunque sean extranjeros y no vivan en Colombia; (ii) ¿deberían esos trabajadores designar un apoderado para que los represente en la ronda de venta al *sector solidario* y, en tal caso, qué régimen se aplicaría a esas acciones?; (iii) ¿deben ofrecerse a tales trabajadores extranjeros líneas especiales de crédito, incluso si las instituciones financieras nacionales no pueden o no desean hacerlo?; etc.
8. Así entonces si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995 *“¿habría de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras materias tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan normas de orden público interno?”* Por tanto, dice la consulta, *“los anteriores interrogantes, entre otros, que pueden surgir en cualquier ejercicio teórico sobre el asunto, no hacen más que confirmar la lógica general del principio de territorialidad de la ley, para concluir que las disposiciones del artículo 60 de la Constitución Política y su desarrollo posterior contenido en la Ley 226 de 1995 deben entenderse limitadas a los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal radicada en sociedades o empresas domiciliadas en Colombia”*.

Con base en lo anterior, se formularon las siguientes preguntas:

1. *¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?*
2. *¿Deben los contratos de compraventa de acciones y los de garantía para atender a las restricciones sobre negociabilidad de acciones (tal y como lo proviene el artículo 14 de la Ley 226 de 1995) que hayan de celebrarse para formalizar la venta de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras, someterse a la ley colombiana, incluso tratándose de empresas constituidas y existentes en otra jurisdicciones?*

248 La consulta cita la Ley 40 de 1993, pero la incorporación del Tratado de Montevideo se dio por la Ley 33 de 1992, como se expondrá en la parte considerativa de este concepto.

3. *¿La Ley 226 de 1995 es considerada como una de las excepciones al principio de territorialidad de la Ley y, en particular, una excepción a lo dispuesto en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo?*
4. *¿Deben ceder su lugar y efectos las disposiciones contempladas en los estatutos de las sociedades extranjeras y, en general, las leyes civiles y comerciales de las jurisdicciones foráneas, incluyendo eventuales disposiciones de orden público que impongan para ciertos actos o contratos la aplicación de la ley local, en donde se encuentre domiciliada la sociedad cuyas acciones se pretende enajenar para que forma prevalente o preferente se aplique la ley colombiana, en este caso, la Ley 226 de 1995?*
5. *Si el Consejo de Estado concluye que es obligatorio la Ley 226 a la enajenación de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras: ¿Debe entenderse que el universo de sujetos que comprende el denominado “sector solidario” a que se refiere el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se limita a aquellos individuos y entidades domiciliados en Colombia? ¿Debe extenderse a otros individuos o entidades que no tienen reconocimiento legal en Colombia? ¿Se extiende a los trabajadores activos, a los ex trabajadores y los pensionados de la entidad en materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia?*
6. *En caso de que no sea aplicable a los trabajadores activos, ex - trabajadores y pensionados de la entidad materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia, ¿Se entiende que el acceso preferencial a la propiedad por parte de los trabajadores, organizaciones solidarias y la protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización se superpone a los derechos de los trabajadores y organizaciones solidarias del país de domicilio de la sociedad?*
7. *Si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995, ¿Haría de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras material tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan disposiciones de orden público interno?*

## **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

### **1. Problema jurídico y aclaración previa**

Se pregunta a la Sala si la enajenación de la participación accionaria del Estado en empresas domiciliadas en el exterior se encuentra sujeta a la Ley 226 de 1995, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política sobre democratización de la propiedad accionaria estatal. Según el organismo consultante, aunque el legislador guarda silencio en ese aspecto, la respuesta sería negativa dado que por regla general las leyes colombianas solo son aplicables en el territorio nacional. Además, a su juicio, la aplica-

ción de la ley 226 en la hipótesis planteada tendría inconvenientes prácticos que no parecerían acordes con su espíritu.

Para responder estos problemas la Sala revisará inicialmente al contenido y alcance general de la Ley 226 de 1995. Posteriormente estudiará el concepto de soberanía y el principio de territorialidad de la ley con el fin de determinar el alcance natural de las normas expedidas por las autoridades colombianas y establecer, de este modo, si la Ley 226 de 1995 cobija o no la enajenación de la participación accionaria del Estado en empresas ubicadas por fuera del territorio nacional.

Cabe advertir que de acuerdo con los antecedentes expuestos, la Sala entiende que la consulta recae sobre empresas constituidas y domiciliadas en otros Estados bajo reglas de derecho privado, razón por la cual no ejercen en esos países ningún tipo de representación oficial ni condición alguna de autoridad pública colombiana, a partir de lo cual sea necesario hacer un estudio particular de tratados o regímenes especiales.

De otra parte, la Sala aclara que responderá la consulta desde la misma perspectiva general en que ha sido planteada, esto es sin referencia a ningún caso, empresa o país en particular. Por tanto, lo que enseguida se señala se entiende sin perjuicio del análisis que puedan exigir casos específicos o regímenes normativos especiales (nacionales o internacionales).

## 2. Contenido y alcance general de la Ley 226 de 1995

El Título I de la Constitución Política -principios fundamentales-, señala que son fines esenciales del Estado, entre otros, “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*” y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y “*en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*” (artículo 2º).

En ese lógica la Constitución le impone al Estado diversos deberes relacionados con la implementación e impulso de mecanismos reales y efectivos de acceso a la propiedad, particularmente dirigidos al sector solidario y de los trabajadores. Así, son deberes constitucionales del Estado: (i) establecer estímulos y medios “*para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas*” (artículo 57); (ii) proteger y promover “*las formas asociativas y solidarias de propiedad*” (artículo 58); (iii) promover el acceso a la propiedad (artículo 60, primer inciso); (iv) **democratizar la titularidad de sus acciones cuando decida la venta de su participación accionaria en una empresa (artículo 60, segundo inciso)**; (v) promover el acceso progresivo “*a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa*” (artículo 64); (vi) fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial (artículo 333); (vii) intervenir en la economía para “*el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo*” (artículo 334); y (viii) promover la democratización del crédito (artículo 335).

De manera particular, el artículo 60 de la Constitución Política establece lo siguiente:

*“Artículo 60. 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”.*

Sobre este artículo la jurisprudencia ha aclarado que el inciso primero contiene un principio general (de promoción del acceso a la propiedad) y el segundo dos reglas directamente aplicables a los procesos de enajenación de participación estatal en una empresa, los cuales constituyen mandatos definitivos no disponibles (sino desarrollables) por el legislador: (i) un ofrecimiento preferente de la participación accionaria estatal a los trabajadores y las organizaciones solidarias y de los trabajadores; y (ii) la exigencia de condiciones especiales (favorables) para que dichos sectores puedan acceder a esa propiedad<sup>249</sup>.

Además se ha hecho énfasis en que el artículo 60 de la Constitución Política (i) se orienta al equilibrio y distribución equitativa de la riqueza y los medios de producción; (ii) contribuye a la realización de los fines del Estado; (iii) impone al Estado el deber de proveer medios efectivos y reales para materializar el acceso a la propiedad estatal; (iv) debe interpretarse de manera sistemática con los mandatos constitucionales de participación democrática y promoción del sector solidario y del trabajo; y (v) no admite restricciones por parte del legislador<sup>250</sup>.

Igualmente, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación amplia del concepto de Estado que se utiliza en el artículo 60 de la Constitución Política, con lo cual se ha concluido que lo ordenado en él se aplica a la generalidad de entidades estatales de cualquier orden:

*“El derecho de preferencia así reconocido a un grupo social determinado, frente a los demás integrantes de la comunidad, resulta de la voluntad del Constituyente de 1991 de democratizar la propiedad accionaria de las empresas en las cuales el Estado tiene participación y se ha decidido su enajenación, así como de la intención de impedir la concentración del capital, en los medios de producción y del sistema financiero, para desconcentrar dichas acciones hacia ese grupo, con propósitos redistributivos del ingreso y de la propiedad.*

*Para esos efectos el concepto de Estado, al cual se hace mención en el artículo 60 superior, debe suponer la organización política que incorpora a la Nación, las entidades descentralizadas por servicios y territorialmente, todos los órganos estatales que pertenezcan a las ramas del poder público, al igual que aquellos calificados de autónomos e independientes por la Constitución Política”<sup>251</sup>. (Se resalta).*

Ahora bien, la Ley 226 de 1995, 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

249 Sentencia C-392 de 1996. Ver también Sentencias C-211 de 1994 y C-1260 de 2001.

250 Ver por ejemplo Sentencias C-452 de 1995, C-075 de 2006 y C-393 de 2012, entre otras.

251 Sentencia C-632 de 1996.



para su democratización y se dictan otras disposiciones, establece lo siguiente en su artículo 1º:

**“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”<sup>252</sup>.*

Asimismo, la primera parte de la Ley 226 de 1995 (sin título) contiene: (i) un mandato general de democratización y de uso de mecanismos abiertos y participativos para acceder a la propiedad accionaria del Estado (artículo 2); un derecho de preferencia a favor de los trabajadores activos y pensionados de la empresa, de sus ex trabajadores y asociaciones de empleados y, en general, del sector solidario definido en la misma ley (artículo 3); un mandato de protección del patrimonio público (artículo 4); y un mandato de continuidad del servicio cuando la venta recaiga sobre una empresa encargada de un servicio de interés general.

La segunda parte de la ley -“*procedimiento de enajenación*”-, comprende los siguientes aspectos: competencia, procedimiento, contenido mínimo y sujeción a estudios técnicos de los programas de enajenación (artículos 6, 7 y 10); evaluación previa del programa de enajenación por el Consejo de Ministros y aprobación por el Gobierno nacional (artículo 8); orden de utilización de mecanismos de amplia publicidad y libre concurrencia (artículo 9); condiciones especiales para el sector solidario (artículo 11); consecuencias de la enajenación desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y de la pérdida de los privilegios públicos que pudiera tener la empresa antes de su venta (artículo 12); y bienes y derechos que se encuentran excluidos de la enajenación de empresas estatales (artículo 13).

La tercera parte se refiere a “*las medidas para la democratización de la propiedad accionaria*” y regula: las facultades del Gobierno nacional para imponer restricciones y sancio-

<sup>252</sup> Artículo declarado exequible en Sentencia C-1260 de 2001: “Desde el punto de vista lógico, la superación de las tensiones normativas derivadas de una lectura literal de esa disposición constitucional puede ser lograda de dos formas: de un lado, restringiendo el alcance del supuesto de hecho, de tal manera que por enajenación de la participación del Estado en una empresa se entienda únicamente la venta de “*acciones*” o “*propiedad accionaria*”. Tal es la tesis del demandante, quien concluye entonces que esa regla constitucional solo opera para aquellas sociedades que reparten su capital social en los títulos negociables llamados acciones. Sin embargo, existe otra opción para superar las tensiones literales, y es ampliar el alcance de la consecuencia jurídica de la regla constitucional, de suerte que las expresiones “*acciones*” y “*propiedad accionaria*” incluyan las otras formas de participación del Estado en el capital social de las empresas, como son las cuotas o partes de interés”.

nes por la adquisición de acciones con fines contrarios a los propósitos de la ley (artículo 14); la legitimación para solicitar la nulidad del procedimiento de enajenación y los efectos de esta (artículo 15); y autorización al Gobierno nacional para designar las autoridades encargadas de supervisar algunos aspectos del respectivo procedimiento (artículo 16).

Finalmente, la cuarta y última parte de la ley “*otras disposiciones*” regula los siguientes aspectos: la sujeción de las entidades territoriales al procedimiento señalado en la ley (artículo 17); algunas exclusiones y regulaciones específicas para algunas entidades (artículos 18, 19, 20 y 22); el papel de las sociedades comisionistas de bolsa (artículo 21); el destino de un porcentaje de los recursos derivados de la enajenación (artículo 23); habilitación al Gobierno nacional para adoptar medidas de confianza y estabilidad en caso de que se declare judicialmente la nulidad de la venta (artículo 24); posibilidad de realizar actividades de promoción de los programas de enajenación (artículo 25); y, finalmente, las vigencias y derogatorias (artículo 26).

Se puede observar entonces, que la Ley 226 de 1995 regula competencias públicas, deberes estatales y derechos ciudadanos, así como procedimientos y consecuencias legales de la inobservancia de la ley. Unos y otros a cargo o de responsabilidad del Gobierno nacional y de las autoridades territoriales, según el caso.

Ciertamente, como señala el organismo consultante, la ley no menciona ni en su artículo 1 (campo de aplicación) ni en otros apartes de la misma, si lo dispuesto en ella es o no aplicable a la enajenación de la participación accionaria que el Estado tiene en empresas o sociedades constituidas y domiciliadas *en el exterior*, es decir si es o no aplicable por fuera del territorio nacional. En ese contexto se pregunta cómo debe interpretarse el silencio del legislador a la luz del principio de territorialidad de la ley. Pasa entonces la Sala a revisar este punto.

### **3. El concepto de soberanía y el principio de territorialidad de la ley**

#### **3.1 Aspectos generales**

La Constitución Política de 1991 se refiere a la soberanía del Estado (i) como fundamento del poder soberano del pueblo para expedir la Constitución (preámbulo) y acceder a los mecanismos de participación ciudadana (artículo 103); (ii) para señalar que “*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*” y se ejerce “*en forma directa o por medio de sus representantes*” (artículo 3º); (iii) como elemento del Estado que debe ser defendido de agresiones externas por el Presidente de la República (artículo 212) y las fuerzas militares (artículo 217); y (iv) como razón de interés general que permite reservar a favor del Estado la prestación de una determinada actividad económica o de servicio público (artículo 365).

Además la Constitución señala que la soberanía, junto con el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios de derecho internacional aceptados por Colombia, son la base de las relaciones exteriores del Estado:

**“Artículo 9.** *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 este modo, la soberanía se expresa en el plano interno como la “*posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados*”<sup>253</sup> y en el internacional como “*la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc.*”<sup>254</sup>. Desde esta segunda perspectiva (la internacional), la soberanía se relaciona directamente con los principios de reciprocidad, igualdad y equidad establecidos en los artículos 226 y 277 de la Constitución para el manejo de las relaciones internacionales<sup>255</sup>.

La jurisprudencia ha señalado que la soberanía nacional y el principio de libre autodeterminación constituyen una prohibición “*de admitir cualquier medida que afecte la independencia política del Estado*”<sup>256</sup>, de modo que resguardan la posibilidad de que el Estado “*actúe con autonomía y adopte, conforme a sus procedimientos internos, las decisiones que considere convenientes*”<sup>257</sup>. En este sentido los Estados, “*gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos, y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua*”<sup>258</sup>. Por lo mismo, “*cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio*”<sup>259</sup>.

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“(...) la independencia política como atributo del Estado se relaciona estrechamente con el concepto de soberanía. En esta medida, para entender el significado de dicha independencia, es indispensable detenerse en los dos ámbitos de proyección que del poder soberano ha reconocido la evolución de las ideas políticas. En el orden interno, se ha admitido que la soberanía significa la imposición del poder del Estado sobre los demás poderes que coexisten con él; y, en plano internacional, se ha aceptado que el poder del Estado se encuentra en un nivel de igualdad con el de los demás actores de la comunidad internacional.*

*Bajo este contexto, por independencia política se entiende la facultad de los Estados de decidir con autonomía acerca de sus asuntos internos y externos en el marco del derecho*

253 Sentencia C-191 de 1998.

254 *Ibidem*: “En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, el principio de igualdad soberana de los Estados comporta los siguientes elementos: (1) la igualdad jurídica entre los Estados; (2) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; (3) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás; (4) la integridad territorial y la independencia política de los Estados son inviolables; (5) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural; y, (6) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados”.

255 Sentencia C-644 de 2004.

256 Sentencia C-269 de 2014.

257 *Ibidem*.

258 Sentencia C-578 de 2002.

259 Sentencia T-1157 de 2000.

*internacional. Por ello, aun cuando los Estados son libres de escoger la forma de regular, administrar y disponer de sus asuntos internos, y, en igual medida, de llevar a cabo sus relaciones internacionales, no por ello su independencia les otorga el poder actuar por el fuera del marco de las costumbres, principios y tratados del derecho internacional, que constituyen un límite normativo en la dirección de las relaciones internacionales.*

*De manera pues que la independencia de los Estados, en cuanto sujetos del derecho internacional, se orienta a impedir que alguno de ellos se encuentre sometido al ordenamiento jurídico o al poder público, político y soberano de otro Estado. Hoy en día, es indiscutible, que entre sujetos puestos en un plano de igualdad, no es concebible ni admisible el establecimiento de relaciones jerárquicas de poder. Dicho principio se reconoce en el ordenamiento internacional con el nombre de “par in parem non habet imperium”, o en otras palabras, entre sujetos pares no pueden existir relaciones de sometimiento”<sup>260</sup>. (Se resalta).*

En esta medida, sin perjuicio de las limitaciones que surgen del derecho internacional humanitario<sup>261</sup> y de los tratados internacionales por virtud de los cuales los propios Estados han cedido espacios de su capacidad normativa<sup>262</sup>, se reconoce el derecho de cada Estado a establecer su propio modelo constitucional, su sistema de valores y principios y, en general, la legislación interna que habrá de regir en su territorio<sup>263</sup>. En consecuencia, la aplicación de un derecho externo en el territorio nacional solo puede provenir de la propia voluntad del Estado a través de tratados o convenios internacionales<sup>264</sup>, que en el caso colombiano exigen además su incorporación legal y la revisión automática de constitucionalidad.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la soberanía está directamente relacionada con el territorio (artículo 101 C.P.), en la medida que es dentro de él donde el Estado ejerce su poder vinculante para dictar autónomamente normas jurídicas:

*“Ciertamente, el derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia*

260 Sentencia C-644 de 2004. Ver también Sentencia C-418 de 1995: “Para la debida aplicación de los propósitos para los cuales se creó la Conferencia de Ministros de Justicia, resulta de especial importancia el “principio de la no injerencia”, contenido en el artículo 4o. del tratado bajo examen. La citada norma prevé que *‘En ningún caso serán admitidas a consideración materias que, según el criterio del país afectado, supongan ingerencia (sic) en sus asuntos internos’*. Con esta disposición, se reconoce la obligación de la comunidad internacional de no intervenir en los asuntos propios de cada Estado, en virtud del derecho indivisible, absoluto, inalienable, indelegable, permanente e incondicional de los pueblos a su soberanía (Art. 3o. C.P.). Se trata, pues, del respeto a la libre autodeterminación de los pueblos (Art. 9o. C.P.), a través del cual el derecho internacional procura la convivencia pacífica entre las diversas culturas e ideales políticos, de forma tal que cada Estado pueda definir, con absoluta libertad, autonomía e independencia, su propio ordenamiento constitucional y legal”.

261 Sentencia C-578 de 2002: “Por ello, las limitaciones a la soberanía enunciadas están en consonancia con los fines de protección y garantía a los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y representan un desarrollo del artículo 9 de la Constitución”. Ver igualmente Sentencia C-621 de 2001.

262 Sentencia C-644 de 2004. Ver también la Sentencias C-187 de 1996 y C-269 de 2014.

263 Sentencia C-551 de 2003. Ver igualmente Sentencia C-578 de 2002: “No obstante esta evolución, el principio de la soberanía continúa siendo un pilar del derecho internacional. Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía, justificados por la necesidad de preservar la coexistencia pacífica entre sujetos iguales de derecho internacional, así como el reconocimiento de otros límites adicionales a la soberanía, fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana. A pesar de esa evolución, se mantienen constantes tres elementos de la soberanía: (i) el entendimiento de la soberanía como independencia, en especial frente a Estados con pretensiones hegemónicas; (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas; y (iii) la reafirmación del principio de inmediatez según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional”.

264 Sentencia C-578 de 2002: “El manejo de las relaciones internacionales de Colombia previstas en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto reiteran el respeto a los principios de soberanía y pacta sunt servanda aceptados por Colombia (artículo 9 CP), según los cuales los compromisos internacionales de Colombia y de cualquier Estado, surgen solo cuando se ha expresado válidamente el consentimiento para obligarse (...)”. Ver también Sentencia C-750 de 2008.

*fundamental de que algún espacio físico forme parte integral del territorio de un Estado consiste en que **tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica.***

*La soberanía del Estado, desde la perspectiva del derecho internacional público, se manifiesta en forma dual. A nivel internacional, consiste, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc. A nivel interno, la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados”<sup>265</sup>. (Se resalta).*

De este modo el territorio define materialmente “*el punto hasta el cual puede llegar la acción efectiva del Estado*”<sup>266</sup> y, por ende, “*el marco en el que tiene validez el orden estatal*”<sup>267</sup>. Por lo mismo, como ha advertido la Corte Constitucional, el territorio es el espacio físico dentro del cual cobran sentido las competencias de las autoridades estatales y los derechos y deberes de sus habitantes:

*“5.1.1.3. Al territorio se vinculan varios objetivos o funciones que, en general, han sido reconocidos por la doctrina constitucional. Así, el territorio permite agrupar a poblaciones diversas, toda vez que hallándose asentadas o comprendidas por el territorio del Estado, se encuentran regidas por la Constitución y por un mismo conjunto de autoridades. Así mismo, el territorio asegura la capacidad de autodeterminación del Estado puesto que define el espacio en el que el Estado ejerce de forma autónoma sus funciones. **Igualmente, el territorio le confiere contenido a las competencias de las autoridades y determina el alcance de los derechos y obligaciones de los habitantes.** Adicionalmente, tal y como también lo ha reconocido la doctrina, al territorio acude el Estado para el cumplimiento de sus fines, **no solo por el natural hecho de que es el espacio donde las autoridades ejercen sus competencias,** sino también porque el dominio eminente que ostenta le permite disponer de los recursos allí integrados”<sup>268</sup>.*

*(...) La Constitución, entonces, hace evidente la especial posición que tiene en la Constitución la idea de territorio: (i) **definiendo el ámbito espacial en el que las autoridades públicas ejercen sus competencias;** (ii) **reconociendo a partir de la condición de habitante del territorio del Estado Colombiano, la titularidad de los derechos;** (iii) estableciendo deberes específicos de protección del territorio comprendido entre los límites; (iii) fijando la propiedad del territorio nacional así como de los bienes públicos que en él se encuentran; (iv) determinando las restricciones que se imponen a algunas de las autoridades públicas cuando prevean salir de la República de Colombia; y (v) regulando las relaciones entre las comunidades que se encuentran en zonas de frontera. Así pues, el contenido de la Carta con referencias directas o indirectas al concepto de territorio, relievaa la especial importancia*

265 Sentencia C-191 de 1998.

266 Sentencia C-269 de 2014.

267 Sentencia C-621 de 2001.

268 Sentencia C-269 de 2014..

*constitucional que revisten las normas que lo regulan. Tales normas se erigen en elemento nuclear del sistema constitucional vigente*<sup>269</sup>. (Se resalta).

En este orden, la regla general es que la eficacia de las leyes está circunscrita al territorio nacional de cada Estado sin necesidad de que exista una manifestación explícita del legislador en ese sentido. Al contrario, la aplicación de la ley en un lugar diferente al que conforma el territorio nacional -por razón de un tratado, de las reglas que rigen las relaciones diplomáticas o de los principios generales de derecho internacional-, sería una excepción que exigiría norma expresa que así lo dispusiera.

Finalmente cabe recordar que por virtud del principio de territorialidad de la ley, los extranjeros que se encuentren en Colombia también están sometidos a la Constitución Política y la ley conforme lo establece expresamente el artículo 4º de la Carta: “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que:

*“El deber de los extranjeros en Colombia de acatar la Constitución y la ley (Artículo 4º C.P.), sean estas personas jurídicas o naturales implica que el propio Constituyente tuvo en cuenta la importancia que tienen estos sujetos de derecho y las actividades que estos desarrollan para el logro de los valores y principios superiores que guían el Estado colombiano para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*<sup>270</sup>.

En ese orden, las personas naturales o jurídicas extranjeras que deseen desarrollar actividades comerciales en el país (salvo que exista algún tipo de inmunidad o de regulación especial en virtud de un tratado o convenio internacional), estarán sometidas a las leyes nacionales y no podrán eludir su cumplimiento invocando la legislación interna de su Estado de origen.

Esto último es particularmente importante en el asunto consultado, pues sería aplicable a su vez a las empresas colombianas domiciliadas en el extranjero, en virtud, precisamente, del principio de soberanía (visto desde la perspectiva del Estado en que se encuentre establecida la respectiva sociedad) y de reciprocidad, tal como pasa a revisarse.

### **3.2 El principio de reciprocidad y el reconocimiento de la soberanía de otros Estados en su propio territorio**

Ahora bien, la soberanía no es un concepto unidireccional -solo a favor del Estado que la proclama-, sino que comporta derechos y obligaciones<sup>271</sup>. El *principio de reciprocidad* (artículo 236 C.P) y el hecho de que la comunidad internacional está basada en relaciones entre iguales<sup>272</sup>, implican que cada Estado debe reconocer la soberanía de las demás na-

269 Ibidem.

270 Sentencia C-1058 de 2003.

271 Sentencia C-621 de 2001.

272 Sentencia C-750 de 2008.

ciones, en tanto que “*el respeto a la soberanía de cada país [es] la piedra angular en que se sustent[a] el edificio de la integración internacional*”<sup>273</sup>. Por tanto la afirmación interna del principio de soberanía nacional y de la libre autodeterminación comporta a su vez (i) el reconocimiento del derecho de los demás Estados a regular sus propios asuntos y a regirse por sus propias normas; y (ii) la imposibilidad de intentar la aplicación de la ley nacional en otros territorios diferentes al propio.

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que para el desarrollo adecuado de las relaciones internacionales es indispensable que todos los Estados:

*“asuman y practiquen el compromiso de respetar el principio universalmente reconocido de la autodeterminación de los pueblos, en virtud del cual cada uno debe resolver los asuntos que le competen en ejercicio de su soberanía y de manera independiente, y que los distintos organismos estatales, al adoptar sus decisiones, partan de ese mismo presupuesto*”<sup>274</sup>.

Se ha advertido entonces, al revisar la constitucionalidad de los compromisos asumidos por el país a través de tratados internacionales, que en virtud del principio de reciprocidad previsto en el artículo 226 de la Constitución Política, “*mal podría el Estado colombiano pretender que otros Estados lo asistiesen en la salvaguarda de su interés general si por contrapartida el Estado colombiano, no estimase el interés general de las otras partes del Convenio*”<sup>275</sup>. Por tanto, el concepto de soberanía interna exige en cualquier caso una “*adecuada articulación de los compromisos internacionales con el ejercicio de las competencias propias de nuestro Estado Social de Derecho, el cual propende tanto por la realización de los intereses nacionales como por la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*”<sup>276</sup>.

Por lo anterior, lo señalado inicialmente sobre el derecho del Estado Colombiano a imponer el cumplimiento de su ordenamiento jurídico dentro del territorio nacional, inclusive frente a las personas naturales o jurídicas extranjeras que se encuentren en él, es en principio predicable de los demás Estados en cuanto a la obligatoriedad de su legislación interna dentro de sus territorios, incluso respecto de las personas naturales o jurídicas de otros países que se encuentren dentro de ellos.

En consecuencia, así como la normatividad de otros Estados no es aplicable en el país, la legislación colombiana no es apta para regular actos o asuntos que se producen en otros Estados, salvo los casos de extraterritorialidad reconocidos por el derecho internacional o derivados de tratados internacionales.

273 Sentencia C-249 de 2004.

274 Sentencia C-176 de 1994, reiterada en Sentencia C-750 de 2008, en la que además se indicó: “Esta Corporación ha aludido al **principio de no injerencia** de la comunidad internacional sobre la soberanía de cada Estado, al manifestar que implica la obligación de la comunidad internacional de no interferir en los asuntos que conciernen a cada Estado atendiendo el derecho permanente, indivisible, indelegable y absoluto de los pueblos a su soberanía; hace relación, pues, al respeto a la libre autodeterminación de los pueblos en la búsqueda que cada Estado pueda definir con autonomía e independencia su propio ordenamiento constitucional y legal, así como negociar de manera voluntaria acuerdos o tratados internacionales”.

275 Sentencia C-032 de 2014, reiterada en Sentencia C-667 de 2014.

276 Sentencia C-155 de 2007.

### 3.3 El principio de territorialidad de la ley en el derecho privado y de los contratos

El principio de territorialidad que se ha visto, de acuerdo con el cual “*cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser este ‘su natural’ ámbito espacial de validez*”<sup>277</sup>, ha sido desarrollado en la esfera del derecho privado y contractual.

En estos ámbitos la regla general es el principio de territorialidad de la ley y la excepción la extraterritorialidad. El principio de territorialidad como regla general se encuentra expresamente establecido en el artículo 18 del Código Civil, según el cual “*la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia*”. Los artículos siguientes del mismo estatuto señalan los casos en que, excepcionalmente, está prevista la aplicación extraterritorial de la ley colombiana:

- (i) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar actos que hayan de tener efecto Colombia (artículo 19 C.C.)
- (ii) En ciertas obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (artículo 19 C.C.)
- (iii) En relación con los actos que recaigan sobre bienes ubicados en el territorio nacional o en los cuales tenga interés la Nación (artículo 20 C.C.).
- (iv) En cuanto a la forma de los instrumentos públicos, la cual se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados, aun cuando su autenticidad se rige por la ley colombiana si el acto produce efectos en el territorio nacional (artículo 21 C.C.).

Respecto de estas disposiciones, aplicables en principio al derecho comercial<sup>278</sup>, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“Los arts. 18, 19, 20 y 21 del Código Civil, aplicables a los negocios mercantiles según los arts. 1, 2 y 822 del Código del Comercio, regulan lo relativo a la problemática de la territorialidad de la ley y de sus disposiciones se extraen los siguientes principios:*

*Las leyes obligan a todos los habitantes del país, incluyendo los extranjeros sean domiciliados o transeúntes, salvo lo previsto para estos en tratados públicos (art. 59, ley 159 de 1888, 57 del C.R.P.M.). Este es el principio de la territorialidad de las leyes, conforme al cual estas solo obligan dentro del territorio del respectivo estado.*

*El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana (art. 19 C.C.), en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban*

<sup>277</sup> Sentencia T-1157 de 2000.

<sup>278</sup> **Artículo 822.** Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.



*tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional (Consejo de Estado, sentencia de marzo 18 de 1971); iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados*<sup>279</sup>.

Por su solidez, reitera la Corte, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, “y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción”<sup>280</sup>.

En esta misma dirección se encuentra además el artículo 869 del Código de Comercio, según el cual “*la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana*”, lo que de suyo implica que los contratos celebrados en el exterior *que no deban cumplirse en el país*, no están sujetos a la legislación nacional. Del mismo modo, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en materia en contratación pública dispone:

**“Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales (...)**

*Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.*

Como se observa, también en la contratación estatal, donde existe un claro interés público de sujeción a la normatividad nacional, se ha previsto que en virtud del principio general de territorialidad de la ley, los contratos se rijan por la ley extranjera (i) cuando se celebren y deban cumplirse en el exterior y (ii) cuando se celebren en Colombia pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero. Precisamente, al declarar la constitucionalidad de estas reglas, la Corte Constitucional señaló lo siguiente sobre el respeto de la legislación extranjera y de la soberanía de los demás Estados:

**“En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que**

279 Sentencia T-1157 de 2000, reiterada en Sentencia T-283 de 2001. Sentencia C-249 de 2004: “Ahora bien, tal como lo observa la doctrina colombiana, el principio de la territorialidad de la ley reviste un sentido absoluto en varios artículos del Código Civil, a saber: (i) por virtud de su artículo 18 la ley colombiana es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en este país; (ii) conforme al primer inciso del artículo 20 los bienes situados en territorio colombiano (*lex rei sitae*) se sujetan a las disposiciones de este código; (iii) la misma regla opera en relación con los contratos celebrados en país extraño sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional (*lex loci solutionis*); (iv) igualmente se sujetan a este código los actos jurídicos celebrados en Colombia (*locus regit actum*), en cuanto a sus formalidades, contenido, validez y naturaleza, según el artículo 21 *ibidem* (...).”

280 Sentencia C-1189 de 2000. Ver también Sentencia T-1157 de 2000: “El principio de la territorialidad, como se ha visto, es la regla general. Sin embargo, existen excepciones que permiten el ejercicio de la jurisdicción del Estado en relación con personas, situaciones o cosas que se encuentran por fuera de su territorio. Así, es posible que el Estado pueda asumir jurisdicción y aplicar sus normas en relación con actos o situaciones jurídicas que tuvieron origen en su territorio, pero que se perfeccionaron o agotaron en otro Estado, o con respecto a actos o situaciones generadas ocurridas fuera de su territorio pero que se ejecutan o tienen efectos dentro de sus fronteras territoriales”.

**a cada Estado le corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados.** Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera solo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior (...)

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado (...) Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño– de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa<sup>281</sup>. (Se resalta).

La misma solución de aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato (*lex loci solutionis*), se encuentra consagrada en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional suscritos en Montevideo en 1889 e incorporados al ordenamiento nacional mediante la Ley 33 de 1992<sup>282</sup>. El primero de dichos tratados (sobre derecho civil) dispone lo siguiente:

#### **“TÍTULO X DE LOS ACTOS JURÍDICOS**

*Artículo 32. La ley del lugar **donde los contratos deben cumplirse** decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.*

*Artículo 33. La misma ley rige:*

*a) Su existencia;*

281 Sentencia C-249 de 2004.

282 Declarada exequible mediante Sentencia C-276 de 1993.

- b) Su naturaleza;
- c) Su validez:
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

*Artículo 34. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración”.*

En concordancia con lo anterior, el artículo 39 del mismo Convenio establece que las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan, y “*los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo*”. Adicionalmente, el segundo Convenio (sobre derecho comercial internacional) regula las reglas aplicables a las sociedades y a sus actos, así:

## **“TÍTULO II DE LAS SOCIEDADES**

*Artículo 4º. El Contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, **por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial.***

*Artículo 5º. Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica **se registrarán por las leyes del país de su domicilio**; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.*

*Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, **se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos**”.*

Como se observa, de acuerdo con este Convenio las empresas se encuentran sujetas a la ley del lugar donde establecen su domicilio y sus actos a la ley del Estado donde vayan a realizarse.

Lo dicho anteriormente significa entonces, a modo de conclusión, que por regla general los actos y contratos que deben perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en otro país, **no se rigen por la ley colombiana**, salvo que se encuentren en alguna de los casos de extraterritorialidad inicialmente señalados. Igualmente, el principio de territorialidad manda que las empresas y sus actos se gobiernen por la ley del lugar de su domicilio y donde dichos actos vayan a tener efectos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que:

“El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) **negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio.** Dicho principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo”<sup>283</sup>. (Se resalta).

#### 4. La respuesta al interrogante planteado

Como se señaló inicialmente la Ley 226 de 1995 tiene una conexión directa con fines, principios y valores constitucionales particularmente importantes desde la perspectiva de la participación, el acceso a la propiedad y el bienestar general de las personas. Su importancia ha sido reiterada consistentemente por la Corte Constitucional<sup>284</sup> y el Consejo de Estado a través de sus secciones contenciosas<sup>285</sup> y de esta Sala<sup>286</sup>.

Sin embargo, no obstante el peso específico del artículo 60 Superior y de la Ley 226 de 1995 en el conjunto de valores y principios constitucionales, así como el hecho de que se trata de mandatos aplicables a la generalidad de órganos y empresas del Estado en todos sus niveles<sup>287</sup>, no puede desconocerse que tanto la Constitución Política como las leyes expedidas con base en ella solo están destinadas a regir, por regla general, dentro del territorio nacional.

En este sentido, cuando la Constitución Política señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger “a todas las personas residentes en Colombia” (artículo 2º C.P.), queda determinado el ámbito de aplicación de sus normas internas, pues es en ese espacio físico -el del territorio nacional, artículo 101 ibídem-, donde las autoridades colombianas pueden actuar y ejercer las competencias que les confiere el ordenamiento jurídico interno para la garantía de los principios y derechos consagrados en ella.

283 Sentencia C-395 de 2002.

284 Entre otras pueden revisarse las Sentencias C-074 de 1993 (democratización en transformación de la Caja Agraria); C-037 de 1994 (imposibilidad de limitar el alcance del artículo 60 C.P.); C-211 de 1994, C-028 de 1995 y C-452 de 1995 (ofrecimiento de participación accionaria mediante martillo); T-462 de 1994 (importancia del sector solidario); C-474 de 1994 (democratización accionaria en creación de un nuevo sistema de administración portuaria); C-596 DE 1995 (competencia del legislador para fijar las reglas de la enajenación); C-342 de 1996 (derecho de preferencia y condiciones especiales); C-343 de 1996 (legitimación para demandar la nulidad); C-384 de 1996 (interpretación limitada de las facultades para restringir la negociabilidad de las acciones); C-391 de 1996 (aplicación de la ley a entidades territoriales); C-392 de 1996 (inaplicabilidad de la ley a enajenaciones entre órganos del Estado); C-632 de 1996 (pago con acciones en proceso de restructuración); C-1260 de 2001 (ámbito de aplicación de la ley 226 de 1995); y C-393 de 2012 (fondos de cesantías como beneficiarios de condiciones especiales).

285 Entre otras, pueden verse de la Sección Primera las sentencias del 28 de mayo de 2015 (exp.2006-00289), del 2 de mayo de 2013 (exp.2000-00209), del 23 de septiembre de 2010 (exp.2006-00021), del 8 de noviembre de 2002 (exp.1998-1089), del 29 de noviembre de 2001 (exp.2000-6391), etc. De la Sección Tercera las sentencias del 3 de diciembre de 2012 (exp.1999-00342), del 19 de diciembre de 2012 (exp.1998-00324), del 25 de mayo de 2011 (exp.2000-00580), etc.; y de la Sección Cuarta las sentencias del 3 de agosto de diciembre de 2016 (exp.2015-00044), del 24 de junio de 2016 (expediente 2016-0004), del 10 de septiembre de 2015 (exp.2014-00054), del 13 de noviembre de 2008 (exp.2005-00049), del 4 de octubre de 2008 (exp.2005-00055), etc.

286 Entre otros, Conceptos 2002 de 2010, 1921 de 2008, 1829 de 2007, 1827 de 2007, 1820 de 2007, 1812 de 2007, 1663 de 2005, 1513 de 2003, 1215 de 1999,

287 Sentencia C-632 de 1996 (*supra*, numeral 2)

Por tanto, como se señaló, no es necesario que toda ley disponga expresamente que su ámbito de aplicación está restringido al territorio nacional, del mismo modo que tampoco podría entenderse que el silencio del legislador en ese punto genera duda sobre la aplicación o no de una ley colombiana en el territorio de otro país. Tal vacío o incertidumbre normativa no existe, porque simplemente los principios de soberanía nacional y de reciprocidad establecidos en los artículos 9 y 226 de la Constitución Política, los cuales a su vez son parte de los principios generales de derecho internacional, determinan que el ámbito material (natural) de aplicación de las leyes está limitado al territorio de cada Estado.

Según se indicó, la Ley 226 de 1995 regula competencias, procedimientos, responsabilidades, sanciones, facultades de reglamentación y ordenación, entre otros aspectos, que lógicamente solo podrían ejercerse dentro del territorio nacional y que, por lo mismo, no podrían extenderse a actos y contratos que, como en el caso consultado, tendrían que *perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en el extranjero*. En consecuencia, la Sala concluye que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la enajenación de participación accionaria estatal en empresas establecidas en el exterior y regidas por la normatividad interna de otro Estado.

## 5. Aclaración final

Ha quedado establecido que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de propiedad accionaria del Estado en empresas domiciliadas en otro país por virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad en que se funda la Constitución Política.

No obstante, la Sala considera necesario aclarar que lo anterior no comporta una desvinculación absoluta de las respectivas empresas con el derecho nacional. En primer lugar porque de conformidad con los artículos 150-7 de la Constitución Política y 49 de la Ley 489 de 1998, la participación del Estado en cualquier empresa o sociedad en el territorio nacional o en el exterior, debe contar con autorización legal. En ese sentido, la legislación nacional es la que determina la posibilidad de que funcionarios o representantes del Estado colombiano concurran en el exterior en la creación de una empresa con capital público, así como su responsabilidad por la toma de decisiones que comprometan recursos o intereses nacionales.

En segundo lugar porque sin perjuicio de que los actos a que hace referencia la consulta se perfeccionen o desarrollen en el exterior, en cualquier caso las personas que representen los intereses del Estado Colombiano, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades competentes de nuestro país, quienes, a su vez, deberán guiarse por los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

En tercer lugar, porque es claro que la actuación de los funcionarios nacionales que autoricen la venta, estará sujeta a los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como al deber de protección y defensa de los recursos públicos, lo que los hace responsables fiscal y disciplinariamente por sus decisiones. Por lo mismo, los recursos públicos de la venta

deberán tener el destino, tratamiento presupuestal y custodia que disponga la ley colombiana, además de que, lógicamente, estarán sujetos a control fiscal (artículo 267 C.P).

La Sala advierte además que lo señalado en este concepto no significa que las entidades y empresas nacionales en las que existe participación pública estén facultadas para trasladar al exterior las empresas o sus recursos y así enajenar la propiedad accionaria estatal sin cumplir los mandatos de democratización ordenados en la Constitución Política y la Ley 226 de 1995. Lo anterior sería una desviación de los fines constitucionales y legales y podría generar también responsabilidades disciplinarias y fiscales.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

1. *¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?*

No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate. Además los funcionarios nacionales que autoricen la venta de la participación accionaria del Estado en el exterior estarán sujetos a responsabilidad fiscal y disciplinaria y los recursos de la venta podrán ser objeto de control fiscal.

2. *¿Deben los contratos de compraventa de acciones y los de garantía para atender a las restricciones sobre negociabilidad de acciones (tal y como lo proviene el artículo 14 de la Ley 226 de 1995) que hayan de celebrarse para formalizar la venta de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras, someterse a la ley colombiana, incluso tratándose de empresas constituidas y existentes en otra jurisdicciones?*
3. *¿La Ley 226 de 1995 es considerada como una de las excepciones al principio de territorialidad de la Ley y, en particular, una excepción a lo dispuesto en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo?*
4. *¿Deben ceder su lugar y efectos las disposiciones contempladas en los estatutos de las sociedades extranjeras y, en general, las leyes civiles y comerciales de las jurisdicciones foráneas, incluyendo eventuales disposiciones de orden público que impongan para ciertos actos o contratos la aplicación de la ley local, en donde se encuentre domiciliada la sociedad cuyas acciones se pretende enajenar para que forma prevalente o preferente se aplique la ley colombiana, en este caso, la Ley 226 de 1995?*

5. *Si el Consejo de Estado concluye que es obligatorio la Ley 226 a la enajenación de participaciones accionarias poseídas en sociedades extranjeras: ¿Debe entenderse que el universo de sujetos que comprende el denominado “sector solidario” a que se refiere el artículo 3 de la Ley 226 de 1995 se limita a aquellos individuos y entidades domiciliados en Colombia? ¿Debe extenderse a otros individuos o entidades que no tienen reconocimiento legal en Colombia? ¿Se extiende a los trabajadores activos, a los ex trabajadores y los pensionados de la entidad en materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia?*
6. *En caso de que no sea aplicable a los trabajadores activos, ex - trabajadores y pensionados de la entidad materia de venta que no sean colombianos ni residentes en Colombia, ¿Se entiende que el acceso preferencial a la propiedad por parte de los trabajadores, organizaciones solidarias y la protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización se superpone a los derechos de los trabajadores y organizaciones solidarias del país de domicilio de la sociedad?*
7. *Si se concluye que es obligatorio aplicar extraterritorialmente la Ley 226 de 1995, ¿Haría de aceptarse igualmente que las leyes de otras jurisdicciones sobre esta u otras material tendrían aplicación extraterritorial en Colombia, incluso cuando contradigan disposiciones de orden público interno?*

Dado que el primer interrogante fue respondido de manera negativa, no hay lugar a responder estas preguntas.

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

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

### 3. Adición presupuestal. ¿Es viable efectuar una adición presupuestal para aumentar la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)? ¿Resulta aplicable el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto?

**Radicado 2341**

Fecha: 06/06/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 12 de diciembre de 2017

El Ministro de Justicia y del Derecho formula a la Sala una consulta referente a “*determinar qué mecanismo excepcional puede ser utilizado para hacer un aumento presupuestal en el Inpec para garantizar un aumento de su personal*”.

El Ministro de Justicia y del Derecho expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto:

#### A. Antecedentes

En primer lugar, el Ministro manifiesta que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en el Sistema Penitenciario y Carcelario, y entre sus órdenes generales, mencionó la necesidad de aumentar el personal de guardia dentro de las cárceles colombianas en los siguientes términos:

*“10.3.12 Protección a la Guardia: La necesidad de mejorar la calidad de la guardia de las prisiones es una necesidad sentida en Colombia, al igual que en la región Latinoamericana. No es posible lograr un adecuado sistema penitenciario y carcelario, que respete, proteja y garantice los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, sin la cantidad suficiente de personas para prestar el servicio de guardia e instruidas correctamente para hacerlo”.*

Señala que en la Sentencia T-151 de 2015 (sic, es T-195 de 2015), la Corte Constitucional en el numeral Tercero de la parte resolutive, ordenó la realización de un estudio que determinara la relación óptima que debía existir entre la población de internos, el Cuerpo de Custodia y Vigilancia y el personal administrativo de un centro de reclusión, descontando el porcentaje del personal que se encuentre en vacaciones, licencias, permisos e incapacidades, para proceder a proveer los respectivos cargos<sup>288</sup>.

288 El numeral Tercero de la parte resolutive de la Sentencia T-195 de 2015 dispuso lo siguiente:

*“Tercero. ORDENAR al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, así como al Inpec y al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Paz de Itagüí, que en atención a las particularidades de dicho centro de reclusión y las necesidades propias del servicio, realicen un estudio que determine la relación óptima que debe existir entre (i) el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y la población de internos, y (ii) el personal administrativo y la población de internos, descontando el porcentaje del personal que se encuentra en vacaciones, licencias, permisos e incapacidades. En esta tarea también deberá tomarse en consideración la responsabilidad que tiene el Inpec con las personas que se encuentran en prisión o detención domiciliaria. Una vez se obtenga la relación óptima funcionarios/internos en el EPC La Paz, procedan a proveer los cargos vacantes tanto del personal de custodia y vigilancia como del personal administrativo en dicho establecimiento de reclusión[131], y gestionar la creación de los cargos necesarios para superar el déficit de personal actualmente existente. La elaboración del estudio deberá contar con la participación del personal de custodia y vigilancia y el personal administrativo del EPC La Paz y realizarse dentro de un plazo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia”.*



Cita cuatro sentencias de tutela de diversas autoridades judiciales que ordenaron el mismo estudio y menciona que en la Sentencia T-762 de 2015 la Corte Constitucional reiteró el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) y la necesidad de realizar un estudio técnico sobre la seguridad en el sistema penitenciario y carcelario.

El consultante expresa que la Ley 1709 de 2014 (artículo 35 parágrafo 2º) ordenó al Inpec presentar los respectivos estudios destinados a determinar la viabilidad técnica y financiera de fortalecimiento de la planta de personal y la Ley 1815 de 2016 (art.97), aprobatoria del Presupuesto Nacional del presente año, ordenó a las entidades del sistema penitenciario y carcelario dar prioridad en la ejecución de sus presupuestos, a la atención de la población penitenciaria en cumplimiento de las aludidas Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

El Ministro manifiesta que en acatamiento de tales sentencias y la T-195 de 2015 y de la citada norma de la Ley 1709 de 2014, el Inpec realizó el Estudio Técnico de Fortalecimiento de Personal, como se menciona en el oficio 85107-SUTAH-GOPRO-05460 del 18 de abril de 2016 (sic, es de 2017).

Dicho Estudio Técnico titulado “*Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). Propuesta de Rediseño Institucional*”, el cual consta de 327 páginas, fue aprobado por el Consejo Directivo del Inpec mediante el Acta No. 004 del 25 de noviembre de 2015<sup>289</sup>.

Con base en el mencionado Estudio Técnico, la Dirección General del Inpec, mediante oficio 8100-DINPE-00200 del 17 de junio de 2016, solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la viabilidad presupuestal para tramitar la modificación de la planta de personal de ese Instituto, consistente en la creación de 16.520 cargos de guardias de custodia y vigilancia dentro del sistema penitenciario y carcelario, bajo una implementación gradual a mediano y largo plazo. Esta solicitud fue resuelta negativamente por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio del oficio EXT16-0038419 del 4 de octubre de 2016, en razón a limitaciones de gasto de personal impuestas por la Ley 617 de 2000.

Adicionalmente, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) proyecta entre el año 2017 y 2018 la entrega de 4.080 cupos carcelarios a nivel nacional, lo cual debe ir acompañado del correspondiente aumento del personal de custodia y vigilancia.

## **B. Marco jurídico de la consulta**

Bajo este título el Ministro de Justicia y del Derecho hace varias consideraciones sobre el tema de la consulta. Expresa que a pesar de la necesidad manifiesta de aumentar el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 restringe el aumento de las apropiaciones destinadas a financiar sus gastos de personal, cuando dispone que los gastos de personal de las entidades pú-

<sup>289</sup> En cumplimiento del Auto del 23 de mayo de 2017, estos documentos, entre otros, fueron aportados a la Sala mediante un CD rom, enviado con el oficio No. OFI17-0015581-OAJ-1500 del 25 de los mismos mes y año, del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho.

blicas nacionales “no podrán crecer en términos reales”; y que esta norma se encuentra ratificada por el artículo 367 de la Ley 1819 de 2016 de reforma tributaria, que establece que la restricción en el crecimiento de los gastos de personal sigue vigente salvo para el ICBF.

Señala que sin embargo, el Decreto Ley 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, establece en el artículo 79 que se podrán abrir créditos adicionales en el presupuesto cuando “se *hiciera indispensable aumentar el monto de las apropiaciones para ampliar servicios existentes*” y el artículo 38 del mismo estatuto dispone que se podrán incluir en el presupuesto de gastos las apropiaciones para cubrir los gastos decretados conforme a la ley, así como las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social. El Ministro hace las siguientes consideraciones:

*“Si bien se tiene que el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996 permitiría realizar la adición presupuestal necesaria para aumentar la planta de personal del Inpec y, reconociendo la persistente situación de violación sistemática de derechos fundamentales de la población privada de la libertad, a pesar de las órdenes emitidas por parte de la Corte Constitucional al Gobierno nacional para superar el Estado de Cosas Inconstitucional, la ley 617 de 2000 y la ley 1819 de 2016 constituirían una limitación para dar cumplimiento al ordenado por el Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo, de atenderse las disposiciones legales que limitan la posibilidad de ampliación de la planta de personal del Inpec, se estaría desconociendo lo ordenado por la Corte Constitucional, estando en contravía del derrotero identificado por esa Corporación para superar el ECI y prorrogando la situación en la que se encuentra la población privada de la libertad identificada por la Corte, amén de estar desconociendo un fallo de naturaleza constitucional al atender la literalidad de una norma que en principio tiene vocación de ser general, abstracta y respetuosa del universo jurídico nacional, integrado también por los fallos de la Corte Constitucional.*

*Así las cosas, de la interpretación de los principios constitucionales, normas y la jurisprudencia expuestos, no resulta claro si es posible realizar una adición presupuestal en los términos del decreto ley 111 de 1996, para dar cumplimiento a la sentencia T-388 de 2013, ante la necesidad manifiesta de aumentar la planta de personal del Inpec, como parte de la superación del estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario”.*

Con base en lo expuesto, el Ministro de Justicia y del Derecho formula las siguientes preguntas:

*“1. ¿Qué mecanismo excepcional es jurídicamente válido para habilitar un título de gasto que permita dar viabilidad a una adición presupuestal en el rubro de funcionamiento de gastos de personal, con el objetivo de aumentar la planta de personal del Inpec, en cumplimiento de las sentencias T-388 de 2013, T-762 de 2015 y T-151 de 2015 (sic, es T-195 de 2015), mediante las cuales se declara un Estado de Cosas Inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario?”*

2. *¿Puede en este caso darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996, al quedar en evidencia que es indispensable aumentar las apropiaciones presupuestales para ampliar la planta de personal del Inpec?”*

### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro de Justicia y del Derecho, la Sala se ocupará de los siguientes temas: A. el Presupuesto General de la Nación en la Constitución Política y en la Ley Orgánica de Presupuesto. Los principios generales de presupuesto y en especial las modificaciones al Presupuesto General de la Nación en ejecución; B. el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y el mandato legal de fortalecimiento de su planta de personal; C. las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-388 de 2013, T-195 de 2015 y T-762 de 2015 y el mandato judicial de aumentar la planta de personal del Inpec; D. la situación presentada respecto del Estudio Técnico de Fortalecimiento de la Planta de Personal del Inpec y la improbación de la viabilidad presupuestal; y E. mecanismos y alternativas jurídicas para dar viabilidad presupuestal al aumento de la planta de personal del Inpec .

#### A. El Presupuesto General de la Nación en la Constitución Política y en la Ley Orgánica de Presupuesto. Los principios generales de presupuesto y sus modificaciones.

##### 1. El presupuesto en la Constitución de 1991

El presupuesto general de la Nación, con sus dos componentes de presupuesto de rentas o ingresos y presupuesto de gastos o “ley de apropiaciones”, es un poderoso instrumento de política fiscal, del cual se sirve el Estado para alcanzar diversos propósitos, entre ellos: administrar y utilizar de manera clara, razonable y ordenada los recursos del Estado; planificar y priorizar el cumplimiento de las funciones y de los servicios públicos a cargo del Estado, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; redistribuir la riqueza, mediante la consolidación de los ingresos públicos y la asignación del correspondiente gasto público, especialmente del gasto social, a los diferentes sectores, grupos y regiones que componen la comunidad nacional; incentivar la inversión pública y privada y, de esta forma, promover el desarrollo económico y la generación de empleo, etc.

Son estas las razones, entre otras, por las que la Constitución de 1991 dio una gran importancia al tema del presupuesto general de la Nación, al punto que le dedicó todo un capítulo: el Capítulo III del Título XII (sobre el régimen económico y la hacienda pública), además de varias referencias en otros artículos. En relación con la consulta que se resuelve, merece la pena citar, en lo pertinente, las siguientes normas constitucionales:

*“Artículo 345. **En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.***

*Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, **ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.***

Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse **dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.** (Inciso modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 3 de 2011).

**En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. (...)**

Artículo 347. El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener **la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva.** Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, **el Gobierno propondrá, por separado,** ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, **la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados. (...)**

Parágrafo transitorio (adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 2001). Durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 el **monto total** de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuesto para gastos generales, diferentes de los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa... no podrá incrementarse de un año a otro, en un porcentaje superior al de la tasa de inflación causada para cada uno de ellos, más el uno punto cinco por ciento (1.5%). **La restricción al monto de las apropiaciones, no se aplicará a las necesarias para atender gastos decretados con las facultades de los Estados de Excepción. (...)**

Artículo 349. Durante los tres primeros meses de cada legislatura, y **estrictamente de acuerdo con las reglas de la Ley Orgánica,** el Congreso discutirá y expedirá el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiaciones. (...).

Artículo 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, **según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (...)**

Artículo 351. **El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.**

*El Congreso podrá eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341.*

***Si se elevare el cálculo de las rentas, o si se eliminaren o disminuyeren algunas de las partidas del proyecto respectivo, las sumas así disponibles, sin exceder su cuantía, podrán aplicarse a otras inversiones o gastos autorizados conforme a lo prescrito en el inciso final del artículo 349 de la Constitución.***

*Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, **modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación**, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar” (Negrillas ajenas al texto).*

Además de estas disposiciones que forman parte del capítulo que la Constitución dedica especialmente a regular el presupuesto general de la Nación, existen otras normas en la misma Carta Política que se refieren al presupuesto y que, por tener alguna relación con el asunto consultado, vale la pena mencionar:

- a) El artículo 150 establece las funciones que el Congreso de la República ejerce mediante la expedición de las leyes, entre las cuales menciona: “*Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración*” (numeral 11).
- b) El artículo 151 dispone que “*el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa*”, e incluye, entre estas, la que debe contener “*las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones*”.
- c) El artículo 154 determina que cualquiera de los miembros del Congreso, el Gobierno nacional, el pueblo o cualquiera de las instituciones mencionadas en el artículo 156 ibídem, pueden tener iniciativa para la presentación de proyectos de ley. Sin embargo, el segundo inciso del citado artículo 154 dispone que “*solo podrán ser **dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno** las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150...*” (se resalta), entre otras. Recuérdese que el numeral 11 del artículo 150 de la Constitución es el que se refiere al presupuesto general de la Nación.
- d) El artículo 189 establece las funciones del Presidente de la República. El numeral 14 de esta norma preceptúa que dicho funcionario está facultado para “**crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos**” (resaltamos). Empero, la misma disposición advierte que “**el Gobierno no podrá crear, con cargo al**

## ***Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”.***

### **2. La Ley Orgánica de Presupuesto**

La Constitución Política de 1886, en su artículo 210, tal como fue reformado por el Acto Legislativo N° 1 de 1968, ya preveía la existencia de una especie de ley orgánica del presupuesto, que allí se denominaba “*ley normativa*”<sup>290</sup>.

Con base en dicho canon constitucional, el Congreso de la República expidió, antes de la Constitución de 1991, la Ley 38 de 1989, que constituía, según lo dispuesto originalmente por su artículo 1º, “*el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación a que se refiere el inciso 1º del artículo 210 de la Constitución Política*”.

Ya en vigencia de la Carta de 1991, el legislador consideró innecesario expedir un nuevo estatuto orgánico del presupuesto, que sustituyera en su integridad la Ley 38 de 1989, dado que muchos de los principios y normas sobre la elaboración, la aprobación, la modificación y la ejecución del presupuesto, previstos en la Constitución de 1991, estaban contenidos también en la de 1886.

En tal virtud, se expidió inicialmente la Ley 179 de 1994<sup>291</sup>, para actualizar la ley orgánica o “*normativa*” del presupuesto y adecuarla a los mandatos de la Carta Política de 1991. Posteriormente, se dictaron la Ley 225 de 1995<sup>292</sup>, la Ley 617 de 2000<sup>293</sup>, la Ley 819 de 2003<sup>294</sup> y algunas otras, que han modificado o adicionado la Ley 38 de 1989. Todas estas disposiciones, en su conjunto, constituyen actualmente la Ley Orgánica del Presupuesto mencionada por los artículos 151, 349, 350 y 352 de la Constitución.

Las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 fueron compiladas por el Gobierno nacional en el Decreto 111 de 1996, bajo la denominación de “*Estatuto Orgánico del Presupuesto*”, de acuerdo con las facultades otorgadas al Gobierno por la Ley 225 de 1995<sup>295</sup>. Conforme al artículo 2º del citado decreto (artículo 64 de la Ley 179 de 1994), “[*e*]sta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que esta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto”.

290 “Artículo 210. El Congreso establecerá las rentas nacionales y fijará los gastos de la Administración. En cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa, se expedirá el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiaciones. (...)”. (Se destaca).

291 “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto”.

292 “Por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto”.

293 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

294 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”.

295 “Artículo 24. Autorízase al Gobierno Nacional para que pueda compilar las normas de esta ley, la Ley 38 de 1989 y la Ley 179 de 1994, sin cambiar su redacción ni contenido, esta compilación será el Estatuto Orgánico de Presupuesto”.

El artículo 3º del Estatuto Orgánico del Presupuesto delimita su ámbito de cobertura en los siguientes términos:

*“Artículo 3º. Cobertura del Estatuto. Consta de dos (2) niveles: **un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional** y el presupuesto nacional.*

*El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, **con excepción de los establecimientos públicos**, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*

*Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga (...) (Ley 38/89, artículo 2º, Ley 179/94 artículo 1º)”. (Destacamos).*

De acuerdo con el artículo 11 ibídem, el presupuesto general de la Nación se compone de tres partes principales: (i) el presupuesto de rentas, (ii) el presupuesto de gastos o “ley de apropiaciones” y (iii) las disposiciones generales. En punto al presupuesto de gastos, el literal b) de la misma norma preceptúa:

*“b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo... los ministerios, los departamentos administrativos, **los establecimientos públicos** y la Policía Nacional, distinguiendo entre **gastos de funcionamiento**, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos”. (Subrayamos).*

Vale la pena agregar que el artículo 41 del Decreto 2170 de 2016<sup>296</sup>, define y clasifica cada una de las partidas de gastos que incluye la ley anual de presupuesto (en este caso, la de la vigencia fiscal de 2017).

Dicha norma define los gastos de funcionamiento como aquellos “*que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos **para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la Ley***” (se resalta). Este tipo de gastos se clasifica, a su vez, en gastos de personal, gastos generales, transferencias corrientes, transferencias de capital y gastos de comercialización y producción.

Ahora bien, en relación con los requisitos presupuestales que deben cumplir los actos administrativos que generen o impliquen algún gasto público, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 prescribe:

<sup>296</sup> “Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”.

**“Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.**

*Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*

*En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien este delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.*

**Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.**

*Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49)”. (Destaca la Sala).*

La Sala hace notar que dicha norma establece dos requisitos para el “perfeccionamiento” de los actos administrativos que afecten disponibilidades presupuestales, es decir, que impliquen la realización de gastos incorporados en el presupuesto: (i) que se obtenga un certificado de disponibilidad presupuestal, y (ii) que posteriormente se haga el registro presupuestal, con el fin de reservar efectivamente las partidas que serán utilizadas para cubrir los respectivos gastos.

No obstante que las decisiones mediante las cuales se modifica la planta de personal de las entidades y organismos del Estado son actos administrativos (de carácter general), la norma que se comenta ha previsto un tratamiento especial para esta clase de actos, cuando implican un incremento en los costos actuales, que consiste en la necesidad de obtener en forma previa un “certificado de **viabilidad presupuestal**” (destacamos), en lugar de un certificado de **disponibilidad** presupuestal y del consiguiente registro.

A juicio de la Sala, el referido tratamiento especial que la ley otorga a estos actos administrativos parece estar justificado por las siguientes razones:

- (i) El acto que modifica la planta de personal de una entidad u organismo no es, en forma exclusiva ni suficiente, el título que permite efectuar el respectivo gasto (para pagar, por ejemplo, los salarios y prestaciones sociales de los nuevos empleados), ya que para ello hacen falta el acto individual de nombramiento y la posesión de la persona nombrada o designada, en el caso de los empleados públicos, o la suscripción del res-



pectivo contrato de trabajo, en el caso de los trabajadores oficiales. En esa medida, si se aumenta la planta de personal de una entidad, pero no se nombran o se contratan efectivamente las personas que van a ocupar los respectivos cargos, no se genera un gasto.

- (ii) Si la ley exigiera, para los actos administrativos generales que modifican las plantas de personal, los mismos requisitos del certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, que para los demás actos administrativos que generen o impliquen un gasto, se podría generar, entonces, un círculo vicioso en relación con el “título presupuestal” y la respectiva apropiación en el presupuesto, para aquella clase de actos. En efecto, podría argumentarse que no pueden incorporarse las partidas respectivas en la “Ley de Apropiaciones”, que forma parte del presupuesto general de la Nación, mientras no se expida el decreto que ordene la modificación de la planta de personal, pues este fungiría como “título presupuestal” para incluir las respectivas apropiaciones en el presupuesto, junto con las leyes que hayan creado, autorizado la creación o reorganizado la correspondiente entidad; pero, al mismo tiempo, se tendría que sostener que dicho decreto no puede dictarse mientras no se cuente con el “certificado de disponibilidad presupuestal”, el cual, a su vez, no podría otorgarse, porque no se contaría todavía con los montos requeridos dentro del presupuesto de gastos.

Debe tenerse en cuenta que cuando la modificación en la planta de personal implique un *“incremento en los costos actuales”*, como sucede en el supuesto de hecho previsto en el artículo 87 del estatuto presupuestal, lo más probable es que los recursos para cubrir los gastos de los nuevos empleados que deban ingresar a la entidad, o que deben ser reclasificados, como consecuencia de dicha modificación, no estén previamente apropiados en la partida de gastos de funcionamiento correspondiente a la entidad u organismo respectivo.

Para solucionar estos inconvenientes, la ley orgánica diseñó un mecanismo diferente y más flexible, como es el del *“certificado de **viabilidad** presupuestal”* (se resalta), con el cual no se busca garantizar la existencia de recursos o disponibilidades suficientes en el presupuesto que se encuentre en ejecución, sino establecer *“la posibilidad (presupuestal) de atender estas modificaciones”*. De esta forma, una vez obtenido el referido certificado, el Gobierno nacional puede dictar el decreto que modifique la planta de personal de una entidad u organismo de la administración pública en el nivel nacional, y dicho decreto, en conjunto con la ley que ha creado, autorizado o reorganizado a la entidad y las disposiciones pertinentes de la Ley 489 de 1998<sup>297</sup>, servirían como “título presupuestal” para incluir las apropiaciones respectivas en el presupuesto general de la Nación del año siguiente o, dado el caso, para efectuar un traslado o una adición en el presupuesto que se encuentre en curso.

297 “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 esta medida, solo después de obtenerse el “certificado de viabilidad presupuestal” (cuando se incrementen los costos actuales), de expedirse el decreto que modifique la planta de personal en la entidad o el organismo público de que se trate, y de incorporarse las partidas necesarias en el presupuesto general de la Nación (del año siguiente o del año en curso, según sea el caso), podría el respectivo nominador (usualmente el jefe o director de la entidad) proceder a nombrar y posesionar, o a contratar, según lo que corresponda, los servidores públicos que han de ocupar los nuevos cargos que se hayan creado.

Es importante mencionar que esta interpretación coincide con las disposiciones constitucionales y legales que regulan la modificación de las plantas de personal de las entidades y organismos públicos.

En efecto, como ya se mencionó, la competencia para “**crear, suprimir o fusionar**” (subrayamos), conforme a la ley, los empleos que “*demande la administración central*”, y fijar sus dotaciones y emolumentos, entre otros aspectos, fue asignada por la Constitución al Presidente de la República, en el artículo 189, numeral 14. Sin embargo, la misma norma estableció que “[e]l Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”, lo cual justifica el “certificado de viabilidad presupuestal” que establece la Ley Orgánica de Presupuesto. Asimismo, es pertinente mencionar que, sobre este mismo asunto, el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 preceptúa, en su primer inciso:

*“Artículo 115. Planta global y grupos internos de trabajo. **El Gobierno nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global.** En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas (...).”* (Se destaca).

Como se aprecia, esta norma legal, no solamente ratifica la facultad presidencial de “*crear, fusionar o suprimir... los empleos que demande **la administración central***”, sino que la extiende a las entidades descentralizadas del orden nacional, ya que todas ellas son objeto de la regulación contenida en la Ley 489. Sin embargo, la misma disposición aclara que la aprobación de la planta de personal se hará en forma “*global*”, con el fin de dejar al director de cada entidad u organismo (sobretudo, en el caso de las entidades descentralizadas) la autonomía suficiente para distribuir internamente los cargos, de acuerdo con la estructura, las necesidades, los planes y los programas de la respectiva entidad.

### 3. Los principios generales del presupuesto

De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 111 de 1996, los principios del sistema presupuestal son los de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia macroeconómica y homeostasis. Para los efectos de esta consulta, vale la pena recordar la forma como el estatuto presupuestal define los principios de planificación, universalidad, programación integral, especialización y coherencia macroeconómica:

“Artículo 13. Planificación. El Presupuesto General de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan Nacional de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones (Ley 38/89, artículo 9º Ley 179/94, artículo 5º). (...).

Artículo 15. Universalidad. El presupuesto contendrá **la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva**. En consecuencia, **ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto** (Ley 38/89, artículo 11. Ley 179/94, artículo 55, inciso 3 Ley 225/95, artículo 22). (...).

Artículo 17. Programación Integral. Todo programa presupuestal deberá **contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación**, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes. (...).

Artículo 18. Especialización. Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y **se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas** (Ley 38/89, artículo 14, Ley 179/94, artículo 55, inciso 3) (...).

Artículo 20. Coherencia Macroeconómica. El presupuesto debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República (Ley 179/94, artículo 7º)”. (Negrillas añadidas).

Además de estos principios, vale la pena mencionar dos que, si bien no están previstos expresamente en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, sí se encuentran contenidos en las normas constitucionales que regulan la elaboración, la aprobación, la modificación y la ejecución del presupuesto general de la Nación: (i) el principio de legalidad del gasto y (ii) el principio de sostenibilidad fiscal.

(i) El principio de **legalidad del gasto** se infiere de lo dispuesto en los artículos 150, numeral 11; 345; 346 y 347 de la Constitución Política, y consiste, en términos generales, en que no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido autorizado o decretado previamente por la ley.

Dentro de esta formulación general, el principio de legalidad del gasto se manifiesta de manera distinta, en dos fases o etapas diferentes del proceso presupuestal: (i) en la fase de elaboración del presupuesto, dicho principio implica que en el proyecto de ley anual de presupuesto (y, por ende, en la respectiva ley) no puede incluirse ninguna partida de gasto que no haya sido decretada previamente por una ley, o que no corresponda a cualquiera de los otros “títulos” o fuentes descritos en el inciso segundo del artículo 346 de la Carta, y (ii) en la etapa de ejecución del presupuesto, significa que no puede hacerse o ejecutarse ningún gasto que no haya sido incluido previamente en la “Ley de Apropiaciones”, que forma parte del presupuesto general de la Nación, y solamente hasta la cuantía máxima autorizada.

Sobre el primer aspecto, el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto se refiere a las fuentes de los gastos que pueden incorporarse en la “Ley de Apropriaciones” (lo que se ha dado en llamar “títulos presupuestales”), en los siguientes términos:

*“Artículo 38. En el Presupuesto de Gastos solo se podrán incluir apropiaciones que correspondan:*

- a) A créditos judicialmente reconocidos;*
- b) A gastos decretados conforme a la ley;*
- c) Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y*
- d) A las leyes que organizan la rama judicial... los ministerios, los departamentos administrativos, **los establecimientos públicos** y la Policía Nacional **que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento**, inversión y servicio de la deuda pública (Ley 38/89, artículo 24. Ley 179/94, artículos 16, 55 inciso 1 y 4, artículo 71)”. (Se destaca).*

Vale la pena aclarar que lo anterior no significa que todos los gastos que las leyes preexistentes ordenen o impliquen deban incorporarse necesariamente en la ley anual de presupuesto, pues esto depende, por una parte, de la disponibilidad de recursos, originados en las diferentes fuentes de ingresos, y por otra parte, de la voluntad política del Gobierno y del Congreso, de acuerdo con sus prioridades. Así se deduce del artículo 39, que dispone:

*“Artículo 39. Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del Proyecto Anual del Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a este, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones...*

*Los proyectos de ley mediante los cuales se decreten gastos de funcionamiento solo pueden ser presentados, dictados o reformados por iniciativa del Gobierno a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del ministro del ramo, en forma conjunta (Ley 179 de 1994, artículo 18)”.*

Como se aprecia, el principio de legalidad no se aplica con la misma generalidad y rigor en la etapa de elaboración del presupuesto, que en su fase de ejecución. En efecto, en relación con la primera (elaboración), la propia Constitución admite que pueden existir otros “títulos”, distintos de la ley, en virtud de los cuales se pueden incluir partidas de gastos en el presupuesto, tales como los créditos judicialmente reconocidos, los gastos propuestos por el Gobierno “para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público”, los destinados al servicio de la deuda, o las partidas necesarias para dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. No obstante, parte de la doctrina y de la ju-

risprudencia consideran que estas fuentes, de todas maneras, tienen su causa igualmente en la ley. Por el contrario, en relación con la segunda etapa (ejecución presupuestal), las normas constitucionales son tajantes y casi que absolutas: no puede hacerse ningún gasto público que no figure previamente en el presupuesto general de la Nación, y solo hasta el monto máximo autorizado, con la sola excepción de las atribuciones otorgadas al Gobierno nacional durante los estados de excepción.

(ii) El principio de **sostenibilidad fiscal** fue introducido por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, que modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Carta Política. Sin embargo, el citado principio no fue definido por esta reforma constitucional.

Este principio vino a suplir un vacío que había quedado en la Constitución de 1991, al no haberse incorporado en esta el principio de “equilibrio presupuestal”, que estaba previsto en el artículo 211 (segundo inciso) de la Constitución de 1886, en los siguientes términos:

*“Ni el Congreso de la República ni el Gobierno podrán proponer el aumento o inclusión de un nuevo gasto, si se altera con ello el equilibrio entre el Presupuesto de Gastos y el de Rentas”.*

No significa lo anterior que el principio de sostenibilidad fiscal sea igual o equivalga al del “equilibrio presupuestal”, pero aquel principio sí obedece, desde una perspectiva macroeconómica más amplia y de mediano y largo plazo, a la misma finalidad económica que el “equilibrio presupuestal”, consistente en la imperiosa necesidad de evitar la persistencia y el incremento del déficit fiscal, con la consecuente dependencia, cada vez mayor, del endeudamiento público.

Para esto, el Congreso de la República introdujo inicialmente, a la Ley Orgánica del Presupuesto, el criterio del “marco fiscal de mediano plazo”, mediante la Ley 819 de 2003, y posteriormente, con el Acto Legislativo N° 3 de 2011, consagró el principio de la sostenibilidad fiscal.

En relación con el concepto de “sostenibilidad fiscal”, la Corte Constitucional lo ha explicado así<sup>298</sup>:

*“5.2.1. Desde la doctrina económica se reconoce que no existe una única definición de la sostenibilidad fiscal, sin embargo, en términos generales, es posible describirla como la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica<sup>299</sup>. Específicamente, se ha señalado que este criterio tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público<sup>300</sup>”.*

298 Corte Constitucional, sentencia C-753 del 30 de octubre de 2013, expediente D-9608.

299 “[6] AV C-132 de 2012. Definición tomada del artículo, titulado “Garantizar la sostenibilidad fiscal en la zona euro” del Banco Central Europeo”.

300 “[7] AV C-132 de 2012”.

Es importante recordar que el mismo Acto Legislativo N° 3 de 2011 prohibió expresamente a las autoridades ampararse en el principio de sostenibilidad fiscal para vulnerar los derechos fundamentales de las personas, limitar su alcance o negar su protección efectiva. En este sentido, la citada reforma añadió un párrafo al artículo 334 de la Carta Política, del siguiente tenor:

**“Párrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los (sic) derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.** (Negrillas ajenas al texto).

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que la sostenibilidad fiscal no puede utilizarse como pretexto para desconocer o limitar los derechos individuales y colectivos, en la medida en que no tiene, desde el punto de vista axiológico, la misma jerarquía ni el mismo valor que los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. Además, ha expresado que el criterio de sostenibilidad fiscal es compatible con el principio de progresividad de los derechos sociales, políticos y económicos, por lo que debe aplicarse en armonía con este, para reconocer, desarrollar y ampliar progresivamente tales derechos, en la medida de las posibilidades económicas del Estado<sup>301</sup>.

#### 4. Modificaciones al Presupuesto General de la Nación en ejecución

Una vez aprobada la ley del presupuesto general de la Nación para un determinado año, dicha ley está destinada a gobernar la percepción o recaudo de los ingresos públicos y la ejecución o erogación de los gastos respectivos durante todo el año fiscal al cual se refiere (del 1° de enero al 31 de diciembre, según el principio de anualidad), sin que se requieran, en principio, ajustes o modificaciones a dicha ley.

Sin embargo, errores sustanciales o materiales que puedan haberse cometido en la ley anual de presupuesto, así como situaciones sobrevinientes que ocurran durante el año en que debe ejecutarse el presupuesto, algunas de ellas extraordinarias o imprevisibles al momento de aprobarse la referida ley, como caídas o incrementos inusitados en los ingresos públicos, calamidades públicas, aumentos de la deuda estatal por situaciones coyunturales de la economía internacional o doméstica, o la necesidad de efectuar otros gastos imprevistos (en su existencia o en su valor), ocasionados por leyes, tratados internacionales, decisiones judiciales (o arbitrales), u otras circunstancias, hacen que en ocasiones se requiera efectuar ajustes o modificaciones al presupuesto que se está ejecutando, ya sea para sustituir o eliminar fuentes de ingresos, o bien para hacer traslados de partidas presupuestales entre diferentes secciones del presupuesto (o dentro de una

301 A este respecto, la Corte concluyó en la citada Sentencia C-753 de 2013:

“5.2.7. Conforme a lo anterior del Acto Legislativo 03 de 2011 se desprende que: 1) la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador de las ramas del poder para hacer efectivos los derechos constitucionales y los fines esenciales del Estado, por consiguiente no tiene categoría de principio, valor ni derecho; 2) se trata de una herramienta que se subordina al cumplimiento de dichos fines estatales y que carece de propósitos propios o independientes, es decir que no es fin a sí misma; 3) en todo caso, y por expresa disposición constitucional, el gasto social será prioritario; 4) no se pueden restringir o afectar so pretexto de aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal, posiciones jurídicas que adquieren naturaleza iusfundamental; 5) la sostenibilidad fiscal debe interpretarse conforme al principio de progresividad, el cual, en todo caso, no puede emplearse para aplazar indefinidamente la ejecución de los derechos constitucionales”. (Se resalta).

misma sección), ora para adicionar el presupuesto con nuevas asignaciones y las correspondientes rentas que les sirvan de fundamento financiero.

Tales cambios, en principio, solamente pueden ser adoptados por el Congreso de la República, tal como se deduce de las normas constitucionales y de los principios presupuestales que se ha citado, como quiera que, en desarrollo del principio general de legalidad y del principio democrático, el constituyente primario y derivado (desde antes de la Constitución de 1991) han reservado esta materia al legislador.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues la prohibición de percibir tributos que no figuren en el presupuesto de rentas, y la de hacer erogación o gasto con cargo al tesoro que no se halle incluida en la “Ley de Apropiações”, que consagra el artículo 345, está condicionada a que ello sea “*en tiempo de paz*”, de lo cual se colige, *contrario sensu*, que la propia Carta admite la posibilidad de que en tiempos de guerra o, de forma más general, en tiempos de perturbación o anomalía institucional, puedan percibirse ingresos públicos o hacerse gastos que no aparezcan previamente en el presupuesto aprobado por el Congreso de la República.

Esta inferencia la confirman ampliamente las normas constitucionales y legales que regulan los estados de excepción en Colombia, las cuales permiten, a veces explícitamente y otras en forma implícita, que durante dichas situaciones excepcionales, el Gobierno puede recibir ingresos y efectuar gastos que no figuren previamente en el presupuesto, así como modificar las partidas del presupuesto general de la Nación.

Así, para citar solo un ejemplo, el artículo 215 de la Constitución Política dispone que durante el denominado “estado de emergencia económica y social”, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede “*dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos*”. Estos decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, “*y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes*”.

Estas mismas atribuciones del Gobierno nacional durante el referido estado de excepción, se hallan consignadas en el artículo 47 de la Ley (estatutaria) 137 de 1994<sup>302</sup>. Igualmente, el artículo 38 de la citada ley establece las facultades que el Gobierno puede ejercer durante el estado de “conmoción interior”, entre las cuales incluye:

*“Artículo 38. Facultades. Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas: (...)*

*l) Imponer contribuciones fiscales o parafiscales para una sola vigencia fiscal, o durante la vigencia de la conmoción, **percibir contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas y hacer erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el de gastos.** (...)*

302 “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”.

ll) **Modificar el Presupuesto**, de lo cual deberá rendir cuenta al Congreso en un plazo de cinco días para que este pueda derogar o modificar disposiciones según su competencia; (...). (Se resalta).

Vale la pena recordar que la Ley 137 de 1994 fue revisada en forma previa por la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 153<sup>303</sup> y 241, numeral 8<sup>304</sup>, de la Carta Política, y dicha corporación, en la sentencia C-179 de 1994<sup>305</sup>, declaró exequibles las disposiciones que se ha citado. Igualmente es pertinente recordar que el párrafo transitorio incorporado al artículo 347 de la Constitución Política, por el Acto Legislativo N° 1 de 2001, traía un inciso del siguiente tenor:

*“La restricción al monto de las apropiaciones, no se aplicará a las necesarias para atender gastos decretados con las facultades de los Estados de Excepción”.*

Aunque esta norma no rige en la actualidad, pues su vigencia estaba limitada a los años 2002 a 2008, resulta útil citarla, pues demuestra que el entendimiento del Congreso de la República, como constituyente derivado, ha sido el de considerar que el Gobierno nacional, durante los estados de excepción, puede decretar gastos y hacer ajustes presupuestales sin sujetarse necesariamente a las limitaciones y restricciones que, para tiempos de normalidad, imponga la ley o hasta la misma Constitución, como ocurrió en ese caso.

Esta interpretación ha sido ratificada por el Congreso, en su función ordinaria de legislador, tanto en la “Ley Estatutaria de los Estados de Excepción” (Ley 137 de 1994), que ya se mencionó, como en la “Ley Orgánica del Presupuesto”, según lo que más adelante se explicará. Es en este contexto constitucional en donde se inscriben y deben entenderse las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto que se refieren a la competencia y al procedimiento para modificar el presupuesto en curso.

Tales ajustes pueden consistir, ya sea en la reducción o el aplazamiento (total o parcial) de partidas presupuestales, o bien en traslados y adiciones presupuestales, con el fin de cubrir gastos que no fueron previstos en la ley anual de presupuesto, o que lo fueron en una cuantía inferior a la necesaria para ejecutarlos cabalmente. A estas últimas situaciones se refieren los artículos 79 a 87 del Decreto 111 de 1996, de los cuales resulta pertinente transcribir parcialmente los siguientes:

**“Artículo 79. Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación se hiere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38/89, artículo 65).**

303 “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”.

304 “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:(...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (...).” (Se destaca).

305 Corte Constitucional, Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, expediente N° P.E. 002.



Artículo 80. El Gobierno nacional presentará al Congreso Nacional, **proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión** (Ley 38/89 artículo 66; Ley 179/94 artículo 55 inciso 13 y 17).

Artículo 81. **Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones** (Ley 38/89, artículo 67). (...)

Artículo 83. Los **créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por Gobierno** en los términos que este señale. La fuente de gasto público será el decreto que declare el estado de excepción respectivo (Ley 38/89, artículo 69, Ley 179/94, artículo 36).

Artículo 84. De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, **cuando se declaren estados de excepción, toda modificación al Presupuesto General de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización. En caso de que no se encuentre reunido el Congreso, deberá informarse dentro de los ocho días de iniciación del siguiente período de sesiones** (Ley 179/94, artículo 57).

Artículo 85. El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Presupuesto Nacional elaborará conjuntamente para su presentación al Conpes la distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional...

De los excedentes financieros distribuidos por el Conpes a la Nación, el Gobierno solo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1% del presupuesto vigente. En los demás casos (el Gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También lo hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación)<sup>306</sup>.

Cuando los excedentes destinados por el Conpes a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente su incorporación al presupuesto se hará por ley de la República (Ley 179/94 artículo 21, Ley 225/95, artículo 21).

Artículo 86. Cuando se fusionen órganos o se trasladen funciones de uno a otro, **el Gobierno nacional mediante decreto, hará los ajustes correspondientes en el presupuesto para dejar en cabeza de los nuevos órganos o de los que asumieren las funciones, las apropiaciones correspondientes para cumplir con sus objetivos, sin que puedan aumentar las**

306 El texto que aparece entre paréntesis y sobre líneas punteadas, que corresponde al artículo 21 de la Ley 179 de 1994, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-023 del 23 de enero de 1996, referencia D- 909.

*partidas globales por funcionamiento, inversión y servicio de la deuda, aprobadas por el Congreso de la República (Ley 179/94, artículo 59).*

*Artículo 87. Créase el Fondo de Compensación Interministerial, en cuantía anual hasta del uno (1%) por ciento de los ingresos corrientes de la Nación cuya apropiación se incorpora en el presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (con sujeción a los reglamentos que al respecto expida el Gobierno nacional) con el propósito de atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento de los órganos en la respectiva vigencia fiscal, y para los casos en que el Presidente de la República y el Consejo de Ministros califiquen de excepcional urgencia. El Ministro de Hacienda ordenará efectuar los traslados presupuestales con cargo a este Fondo, únicamente con la expedición previa del certificado de disponibilidad presupuestal (Ley 38/89, artículo 70. Ley 179/94, artículo 55, inciso 3).*

Sobre esta última norma, es importante mencionar que el texto que figura entre paréntesis y sobre líneas punteadas, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en forma diferida, a partir del mes de enero de 2002, mediante la sentencia C-442 de 2001<sup>307</sup>. El resto del artículo fue declarado executable en la misma providencia, pero de forma condicionada, tal como más adelante se explicará.

Asimismo, es pertinente mencionar que el artículo 33 del Decreto 111 de 1996 permite al Gobierno nacional incorporar al presupuesto de rentas, mediante decreto, los recursos de asistencia o cooperación internacional no reembolsables que se reciban durante una determinada vigencia fiscal.

Como se puede deducir claramente de las normas citadas, la competencia para efectuar traslados y adiciones en el presupuesto general de la Nación es del Congreso de la República y del Gobierno nacional, pero no de manera simultánea ni indistinta, sino en las situaciones y en los casos que para cada uno de ellos señala la Constitución Política, la Ley Orgánica del Presupuesto y otras leyes, así:

- (i) Por regla general, le compete al Congreso de la República aprobar o improbar, mediante ley, los traslados y adiciones presupuestales que le proponga el Gobierno nacional, respetando para el efecto las normas de la Constitución Política, de la Ley Orgánica de Presupuesto y aquellas que sean pertinentes de la Ley Orgánica del Congreso (Ley 5ª de 1992).
- (ii) Solo durante los estados de excepción y con el fin de superar las causas que hayan dado origen a su declaratoria, así como en los demás casos en que la ley lo autorice expresamente, como sucede con las disposiciones compiladas en los artículos 33, 85, 86 y 87 del Decreto 111 de 1996, el Gobierno nacional puede efectuar traslados y adiciones presupuestales, mediante decreto.
- (iii) Aun durante los estados de excepción, las modificaciones que haga el Gobierno al presupuesto general de la Nación deben ser informadas al Congreso de la República

307 Corte Constitucional, Sentencia C-442 del 4 de mayo de 2001, expediente D-3216.

dentro de los ocho días siguientes, si el Congreso está sesionando, o dentro de los primeros ocho días desde el inicio del respectivo periodo de sesiones, en el evento contrario (artículo 84 del Decreto 111 de 1996). Por otra parte, ni el Congreso de la República ni el Gobierno pueden abrir créditos adicionales (es decir, partidas para justificar gastos) sin que se determine en forma clara y específica los recursos con los cuales se van a financiar tales apropiaciones y sin que se haga el ajuste correspondiente en el “Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital” (artículo 81 *ibídem*).

Así pues, conforme a las normas constitucionales y a las contenidas en la respectiva ley orgánica, resulta completamente excepcional y restringida la posibilidad de que el Gobierno nacional modifique directamente el presupuesto general de la Nación, para efectuar traslados o adiciones, sin acudir previamente al Congreso.

En consecuencia, normas como las contenidas en los artículos 79 y 81 del Decreto 111 de 1996, no podrían ser interpretadas de forma aislada, para tratar de deducir de ellas una especie de competencia compartida, concurrente o subsidiaria entre el Congreso de la República y el Gobierno nacional, en relación con la modificación del presupuesto general de la Nación. En esa medida, el Gobierno no podría, mediante decreto, modificar directamente el presupuesto, por el simple hecho de que le resulte urgente hacer algún ajuste (por ejemplo, para efectuar algún gasto no previsto) y el Congreso no estuviere reunido, o la coyuntura política no resultare conveniente.

Tal hermenéutica, además de incompleta y descontextualizada, resultaría contraria a las competencias del Congreso de la República, desconocería la separación de los poderes públicos y sería opuesta a los principios y las normas que la Constitución establece en relación con el presupuesto general de la Nación, especialmente el principio de la legalidad del gasto.

Ahora bien, en relación con las excepciones o los tratamientos especiales que expresamente contiene la Ley Orgánica de Presupuesto, merece la pena detenerse en el denominado “Fondo de Compensación Interministerial”, previsto en el artículo 87 del Decreto 111 de 1996 y cuya constitucionalidad fue revisada por la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-442 de 2001.

Como se explicó anteriormente, el segmento de esta norma que ordenaba al Gobierno expedir los reglamentos que debían determinar la conformación y el funcionamiento del Fondo de Compensación Interministerial, fue declarada inexecutable por la Corte, por considerar que dicha facultad no podría corresponder a la potestad reglamentaria general del Presidente de la República (pues si fuera así, la norma resultaría inútil), y que la competencia para determinar la estructura y las funciones de los entes que conforman la administración pública nacional corresponde al Congreso de la República, mediante leyes.

En relación con el resto del artículo 70 de la Ley 38 de 1989 (compilada en el artículo 87 del Decreto 111 de 1996), la Corte Constitucional la declaró executable, con el siguiente condicionamiento: *“únicamente respecto del cargo examinado en la parte considerativa... y bajo el entendido que la utilización de los recursos del Fondo de Compensación Intermi-*

nisterial, debe llevarse a cabo con los condicionamiento (sic) a que se ha hecho referencia en el fundamento 16 de la parte considerativa de la presente decisión, y en los términos generales de la misma”. En el referido fundamento 16 de la sentencia, la Corte explicó:

“16. Reiterando los criterios jurisprudenciales anteriores, pero referidos a las facultades que la norma sub examine otorga al Gobierno durante la fase de ejecución presupuestal, para suplir con los recursos del Fondo de Compensación Interministerial faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento en situaciones de urgencia, la Corte estima que la disposición acusada se ajusta a la Constitución, siempre y cuando se entienda que las referidas facultades gubernamentales, deben ejercerse: (i) **En forma razonable y proporcionada**, teniendo en cuenta la finalidad que persiguen, que es **evitar un colapso en el ejercicio de la función pública que puede originarse por faltantes en los gastos de funcionamiento en situaciones de urgencia**; por consiguiente, su utilización para fines no previstos, acarrea una desviación de poder del acto administrativo respectivo. (ii) Aplicando los principios de moralidad e imparcialidad que presiden la función pública a los cuales se refiere el artículo 209 de la Constitución. (iii) Motivando expresamente la decisión de utilizar los referidos recursos del Fondo<sup>308</sup>, **motivación que debe hacer referencia a la situación fáctica de urgencia que amerita tal utilización, indicando las causas que producen la insuficiencia en las partidas presupuestales y justificando la necesidad de incrementarlas**, a fin de garantizar el principio de publicidad e imparcialidad de la función pública. (iv) Haciéndolo, en cada uno de los casos en que se vayan a utilizar recursos del Fondo, mediante acto administrativo separado sujeto al control de legalidad. v) Utilizando los recursos del Fondo únicamente **para el objeto de completar faltantes de apropiación en partidas de gastos de funcionamiento de los organismos y entidades en la respectiva vigencia fiscal, incluidas con anterioridad en la ley anual de presupuesto, que situaciones de especial urgencia han tornado insuficientes**, a fin de respetar el principio constitucional de legalidad y especialización del gasto. Por lo tanto dichos recursos presupuestales no pueden destinarse a abrir partidas nuevas en el presupuesto de gastos, ni a completar apropiaciones para gastos de inversión, o para atender el servicio de la deuda. vi) **La excepcional urgencia que amerita la utilización del Fondo por parte de Gobierno para atender faltantes de apropiación de partidas de funcionamiento, implica el acaecimiento de hechos sobrevinientes e imprevistos, que están en relación causal con la referida insuficiencia de recursos**”. (Negritas añadidas).

En relación con el criterio de imprevisibilidad que, para la Corte Constitucional, deben tener los hechos sobrevinientes que permiten la utilización de los recursos del Fondo de Compensación Interministerial y su relación con el estado de emergencia económica, la misma corporación manifestó lo siguiente en el fundamento número 17 de esta sentencia:

“(…) Algunos de los eventos en los cuales el Ejecutivo ha acudido al Fondo de Compensación Interministerial a fin de solucionar situaciones urgentes e imprevistas de faltantes en gastos de funcionamiento, muestran la faceta de razonabilidad del mecanismo, adecua-

308 “[22] Sobre la necesidad de motivar los actos discrecionales, confróntense las siguientes sentencias: SU- 250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-734 de 2000, M.P Vladimir Naranjo Mesa; Además, confróntese también, Concepto. Oct. 22 de 1975 Consejo de Estado, Sala consulta, (sic)”.

da al logro de fines constitucionalmente validos (sic). Para citar un ejemplo histórico, cabe mencionar **lo acaecido en mayo de 1990, “cuando de ese Fondo en forma ágil y expedita el gobierno pudo asignar \$85.0 millones no presupuestados inicialmente, a favor de la Registraduría Nacional, para elaborar las tarjetas para la elección presidencial que debieron cambiarse a última hora por la muerte de uno de los candidatos”**<sup>309</sup>.

*Entiende la Corte que **la imprevisibilidad y urgencia de los casos en que es posible destinar recursos del Fondo Interministerial al cumplimiento de las funciones públicas, no configura, sin embargo, una situación constitucional de estado de excepción, que una vez declarado conceda al Ejecutivo facultades para modificar el presupuesto anual. Pues en tales eventos - estados de excepción -, está de por medio una situación que atenta de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, la convivencia ciudadana, o el orden económico social o ecológico. La norma en comento se limita a describir situaciones de urgencia, que la Corte entiende que son imprevistas, pero que no se rigen como estados de excepción.***

***Recalca la Corte que la imprevisibilidad de los eventos “de excepcional urgencia” calificados como tales por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros, no son los mismos que dan lugar a la declaración del estado de emergencia económica, estado de excepción que permite al ejecutivo, autónomamente, mediante decretos con fuerza de ley, modificar el presupuesto general de Nación. Evidentemente, no cualquier hecho imprevisto amerita la declaración de la emergencia económica. El ejecutivo debe tratar de acudir a los mecanismos ordinarios que prevé el ordenamiento jurídico, para superar las coyunturas económicas de iliquidez, y entre ellas el mecanismo del Fondo de Compensación es un recurso a su alcance. La declaración de los estados de excepción, ha dicho la Corte, está supeditada a la aplicación previa de la regla de la subsidiariedad, que implica que su utilización solo proceda ante la imposibilidad o insuperable insuficiencia de los instrumentos ordinarios de los que disponen los poderes públicos (...).***

Vale la pena precisar, adicionalmente, que la Corte Constitucional, en la sentencia referida, al hacer una interpretación histórica de la norma acusada, concluyó que esta contiene un solo supuesto de hecho o causal que habilita la utilización de los recursos del Fondo de Compensación, y no dos hipótesis o causales, como podría entenderse de la simple lectura del artículo 87 del Decreto 111 de 1996. En efecto, para la Corte no puede acudirse a este mecanismo excepcional cuando (i) se presenten faltantes de apropiación en los gastos de funcionamiento de las entidades y órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, o (ii) cuando se presenten situaciones que sean calificadas por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros como de “excepcional urgencia”, sino solamente cuando se presenten faltantes de apropiación en los gastos de funcionamiento de alguna entidad u organismo, **originados en** situaciones de “excepcional urgencia”, así calificadas por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

Ahora bien, dentro del plazo que dio la Corte Constitucional al legislador para reglamentar el Fondo de Compensación Interministerial, el Congreso expidió, con este objeto,

309 “[23] López Garavito, Luis Fernando. Programación presupuestal de la Nación. Bogotá, Sección de publicaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 1990”.

la Ley 718 de 2001, que calificó al citado mecanismo como “*un fondo cuenta sin personería jurídica ni planta de personal propia, a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, manejado como un sistema separado de cuentas*” (artículo 1º).

En relación con los casos en que puede hacerse uso de este instrumento, el artículo 3º *ibídem* preceptuó:

*“Artículo 3º. Objetivos. Los recursos del Fondo de Compensación Interministerial se utilizarán únicamente para completar faltantes en gastos de funcionamiento en la respectiva vigencia fiscal, en apropiaciones incluidas previamente en las leyes de presupuesto. Estos faltantes deberán ser ocasionados por hechos sobrevinientes e imprevistos calificados como de excepcional urgencia por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.*

*Los recursos del Fondo de Compensación Interministerial no podrán destinarse a la celebración de contratos de prestación de servicios o la vinculación de supernumerarios.*

*Tampoco podrán destinarse a abrir partidas nuevas en el presupuesto de gastos ni a completar apropiaciones para gastos de inversión, o para atender el servicio de la deuda”.* (La Sala destaca).

Como se observa, el Congreso de la República, al reglamentar la norma de la Ley Orgánica de Presupuesto que establece la figura del Fondo de Compensación Interministerial, acató la interpretación dada a dicho precepto por la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2001, en el sentido de disponer que los recursos del citado fondo-cuenta solamente pueden utilizarse cuando se presenten faltantes en las partidas de gastos de funcionamiento previamente apropiadas en la ley anual de presupuesto, **ocasionados por hechos sobrevinientes e imprevistos calificados como de excepcional urgencia por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros**. Con respecto al procedimiento que debe seguirse para disponer de estos recursos, el artículo 4º de la citada ley lo establece, de la siguiente forma:

*“Artículo 4º. Procedimiento. Cuando se requiera utilizar los recursos del Fondo Interministerial, el Jefe del respectivo organismo deberá solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Público Nacional, recursos con cargo al Fondo de Compensación Interministerial. Dicha solicitud deberá estar acompañada de una **certificación en la cual conste el faltante de apropiación en el rubro correspondiente y las razones por las cuales el gasto es ocasionado por hechos sobrevinientes e imprevistos y se califica como de excepcional urgencia.***

*La Dirección General del Presupuesto Público Nacional estudiará la viabilidad presupuestal de la solicitud; si existieran recursos suficientes, lo informará al Ministro de Hacienda y Crédito Público quien lo pondrá a consideración del Presidente de la República y del Consejo de Ministros, a fin de que estos califiquen la excepcional urgencia del gasto.*

***Si la decisión del Consejo de Ministros es positiva, se comunicará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el objeto de que sea expedida la resolución debidamente motivada, mediante la cual se efectúen los traslados presupuestales con cargo a los recursos del Fondo de Compensación Interministerial.***

*La Dirección General del Presupuesto Público Nacional comunicará la resolución a los respectivos órganos y enviará copia de la misma a la Dirección del Tesoro Nacional para que esta efectúe de forma inmediata los ajustes que sean necesarios en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC), y a la Contraloría General de la República para lo de su competencia”.*

Como conclusión, el Fondo de Compensación Interministerial, como fondo cuenta sin personería jurídica, corresponde a un mecanismo jurídico de carácter excepcional para obtener recursos que permitan atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento, con el cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-442 de 2001 y por la Ley 718 de 2001, en especial, que los faltantes se ocasionen por hechos sobrevinientes e imprevistos que puedan calificarse de excepcional urgencia por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

Dos comentarios adicionales resultan importantes para determinar la viabilidad de utilizar los recursos de este Fondo como un mecanismo de carácter excepcional:

En primer lugar, la existencia de hechos sobrevinientes, asimilados por la Corte Constitucional a lo novedoso, imprevisible, impredecible, irresistible y de carácter extraordinario y anormal<sup>310</sup>, lo cual ha dado lugar a advertir su no aplicación para afrontar problemas crónicos y estructurales, a propósito de los estados de excepción.<sup>311</sup> Sin embargo, también ha sido reconocido por la Corte que lo anterior no significa en modo alguno que los problemas crónicos y estructurales deban quedar huérfanos de consideración y de solución<sup>312</sup>. En este sentido, se ha aclarado que la agudización de problemas estructurales, así obedezcan a una compleja patología y deban resolverse por los medios ordinarios de la democracia, “*pueden no obstante manifestarse como perturbadores del orden económico y social*”<sup>313</sup>, y por ende, “*la agravación rápida e inusitada*” de un fenómeno estructural ya existente “*puede tener el carácter de sobreviniente y extraordinario, por ocurrir de manera inopinada y anormal*”<sup>314</sup>.

Respecto del uso de recursos del Fondo de Compensación Interministerial, para atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento, le corresponderá valorar al Presidente de la República y al Consejo de Ministros, para determinar la existencia de faltantes ocasionados por hechos sobrevinientes e imprevistos calificados como de excepcional urgencia, en los términos del artículo 3 de la Ley 718 de 2001.

310 Sentencias C-252 de 2010 y C-670 de 2015. Si bien estos fallos hacen referencia al carácter sobreviniente de los hechos como uno de los presupuestos materiales para declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública, el carácter o calificación jurídica del hecho sobreviniente, resulta igualmente aplicable a los objetivos para la utilización de los recursos del Fondo de Compensación Interministerial

311 Sentencia C-252 de 2010.

312 Sentencia C-122 de 1997.

313 Sentencia C-122 de 1997.

314 Sentencias C-135 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015.

En segundo lugar, el mecanismo excepcional para la obtención de recursos de este fondo, que permitan superar los faltantes en gastos de funcionamiento en los términos establecidos en la Ley 718 de 2001, es distinto de las limitaciones legales al control de gastos de personal establecidas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, reiterada en la Ley 1819 de 2016, con la única excepción hasta la fecha, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el año 2017, dispuesta por esta última norma<sup>315</sup>.

Se trata de una norma especial dirigida a los gastos de funcionamiento específicos de personal de las entidades públicas que hacen parte del presupuesto general de la Nación, reiterada en una norma posterior, como es la Ley 1819 de 2016.

## **B. El Instituto Penitenciario y Carcelario (Inpec) y el mandato legal de fortalecimiento de su planta de personal**

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) fue creado por la fusión de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, como un establecimiento público, adscrito a dicho Ministerio, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, de acuerdo con los artículos 1º y 2º del Decreto 2160 del 30 de diciembre de 1992. El artículo 14 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, estableció sus funciones principales. Dice así en la actualidad:

**“Artículo 14. Contenido de las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. <Artículo modificado por el artículo 3º del Decreto 2636 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:>** *Corresponde al Gobierno nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado”.*

Respecto del tema de la consulta, resulta pertinente citar el parágrafo 2º del artículo 31 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 35 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, el cual establece lo siguiente:

**“Parágrafo 2º.** *El Inpec, previo concepto favorable del Consejo Directivo de la Entidad, presentará, dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley, los respectivos estudios con el fin de determinar la viabilidad técnica y financiera de la modificación para el fortalecimiento de la Planta de Personal”.*

Este mandato legal, aunado a las órdenes impartidas por varias sentencias de tutela de la Corte Constitucional, motivó al Inpec a realizar el Estudio Técnico de Fortalecimiento de la Planta de Personal de la Entidad, mencionado en los antecedentes.

<sup>315</sup> El artículo 367 de la Ley 1819 de 2016, en forma expresa consagra que la restricción en el crecimiento de gastos establecida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no le será aplicable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el año 2017.



## C. Las Sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-388 de 2013, T-195 de 2015 y T-762 de 2015 y el mandato judicial de aumentar la planta de personal del Inpec

La consulta se refiere a las Sentencias de tutela T-388 de 2013, T-195 de 2015 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, a las cuales resulta necesario referirse, dado que calificaron la grave situación penitenciaria y carcelaria del país como un estado de cosas inconstitucional. Estos fallos formularon órdenes diversas a entidades públicas con la finalidad de resolver dicha situación, entre ellas, varias al Inpec, una de las cuales consistía en efectuar el estudio de la relación óptima entre el número de internos y el personal de guardia y administrativo, y sobre la necesidad de seguridad, según la clase del establecimiento de reclusión, con la finalidad de hacer el correspondiente aumento de su planta de personal.

### 1. Sentencia T-388 de 2013

La Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013 de la Corte Constitucional, resolvió varias acciones de tutela acumuladas, interpuestas por personas privadas de la libertad o en su representación. En esta sentencia la Corte hizo un detenido análisis de la situación penitenciaria y carcelaria del país y en particular de seis (6) establecimientos de reclusión. Se refirió a un fallo de tutela anterior, mediante el cual había declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto del sistema penitenciario y carcelario. Dijo la Corte:

*“Con base en la jurisprudencia existente hasta el momento sobre estado de cosas inconstitucional, la Corte sostuvo: ‘Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. [...]’<sup>316</sup>.*

*4.2.4. En consecuencia, la Sentencia T-153 de 1998 resolvió declarar y notificar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario a las diferentes autoridades públicas;<sup>317</sup> revocar las sentencias de instancia y en su lugar tutelar los derechos de los accionantes; y, finalmente, adoptar nueve (9) órdenes adicionales dirigidas a las diferentes autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario (por ejemplo: diseñar un plan de construcción y refacción carcelaria e implementarlo; un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; separar a los sindicatos de los condenados; investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles de Bellavista y la Modelo, en Medellín y Bogotá; adoptar medidas*

316 Nota de la Corte: Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Dijo la Corte respecto a la jurisprudencia anterior: “En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

317 Nota de la Corte: Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); se resolvió, entre otras cosas: “Primero.- ORDENAR que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales”.

de protección urgentes mientras se adoptan las medidas de carácter estructural y permanente)”<sup>318</sup>.

En esta ocasión, la Corte Constitucional analizó *in extenso* la situación presentada para llegar a la conclusión de que nuevamente existía tal estado de cosas inconstitucional. Expresó la Corte lo siguiente:

**“7. El Sistema penitenciario y carcelario nuevamente se encuentra en un estado de cosas contrario a la Constitución Política.** El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que, como se evidenciará, estas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica aportada a cada uno de los nueve expedientes, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho. (...)”

La Corte se refirió a la grave y sistemática violación de los derechos fundamentales en los establecimientos de reclusión. Dijo lo siguiente:

**“7.2.1. Los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada. En el sistema penitenciario y carcelario vigente se violan, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal (física y psíquica), a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la seguridad per-**

318 Nota de la Corte: Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Las órdenes, concretamente, fueron: “Tercero. ORDENAR al Inpec, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. || Cuarto. ORDENAR al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Inpec y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. || Quinto. ORDENAR al Inpec y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá. || Sexto. ORDENAR al Inpec que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal. || Séptimo. ORDENAR al Inpec que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados. || Octavo. ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista. || Noveno. ORDENAR al Inpec, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria. || Décimo. ORDENAR a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios. || Undécimo. ORDENAR al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país”.

*sonal, a la igualdad, a la no discriminación, a la intimidad, a la familia, a la libertad (en general y en especial la libertad sexual y reproductiva y la libertad de oficio), a la salud, a la reinserción social, a la especial protección de sujetos de especial protección constitucional (niñas, niños, minorías étnicas y culturales, personas con discapacidad, mujeres, personas de edad avanzada, jóvenes, personas en situación de desplazamiento, personas de orientación o identidad sexual diversa o en relaciones de sujeción, por mencionar los principales sujetos), a la educación, al trabajo, a la recreación y al deporte, a la expresión, a la información, al derecho de petición, al debido proceso y al acceso a la justicia -se reitera-, solo por mencionar los principales derechos constitucionales violados o amenazados.*

*En el Sistema penitenciario y carcelario se evidencia de manera notoria como los derechos fundamentales de todo ser humano son universales, inalienables, indivisibles e interrelacionados, como se muestra a continuación. [1] Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese solo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. Los derechos fundamentales son universales, de toda persona. Es una posición moral que refleja la decisión social, consagrada por el Constituyente, de respetar el valor intrínseco de todo ser humano. Su dignidad. (...) La cárcel evidencia esa situación. Las negaciones a unos derechos básicos de las personas en prisión, implican, necesariamente afectar la dignidad de la persona y, con ello, el sentido y la protección de los demás derechos. Los derechos fundamentales representan un todo; diversas facetas de una misma protección al ser humano. [3] Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son interrelacionados e interdependientes. (...).*

*Los procesos de la referencia muestran que la afectación de los derechos de la población en las cárceles y penitenciarias respectivas es sistemática y estructural. Cualquier persona, por el simple hecho de ser privada de la libertad –salvo algunas pocas que se encuentran en condiciones decentes y dignas de reclusión–, se ve enfrentada a la violación variada y frecuente de muchos derechos fundamentales, y a la amenaza de gravísimas violaciones adicionales, que pueden implicar la muerte. A esto, se suma la evidencia y los diagnósticos de las entidades públicas encargadas de administrar, controlar o vigilar el Sistema y de organizaciones privadas y entidades académicas citadas previamente, en las cuáles se evidencia que la situación que se presenta en las cárceles y penitenciarias estudiadas en los procesos de tutela de la referencia, no es diferente a la del resto de establecimientos y centros del Sistema. De hecho, algunos de los aspectos pueden ser más graves en algunos de aquellos. Los procesos judiciales de tutela del país, que en todos los casos son remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión, son otra fuente de información mediante la cual se evidencia la cantidad de la población afectada por la violación masiva de derechos fundamentales. Es preciso indicar que los derechos fundamentales violados no son solamente los de la población privada de la libertad. También los de los familiares y allegados que los visitan en su sitio de reclusión, y los de las personas que hacen parte de la Guardia<sup>319</sup>, que usualmente están sometidas a las mismas condiciones inhumanas e indignas que padece el Sistema penitenciario y carcelario.*

319 Nota de la Sala de Consulta: Resulta oportuno anotar en una de las tutelas acumuladas se planteó el tema de los “Derechos de la Guardia” (página 371 de la Sentencia T-388 de 2013) y se mencionó en relación con la situación en la Cárcel de Barrancabermeja, entre otros aspectos, el siguiente: “Es preocupante el escaso número de funcionarios de custodia y vigilancia del Inpec, en el establecimiento, frente al número de internos que deben custodiar, teniendo en cuenta que para 652 reclusos hay un total de 49 guardianes (...)” (Nota al pie No. 814 de la sentencia).

7.2.2. *Las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad han sido incumplidas de forma prolongada.*

*Los problemas y las violaciones de las personas privadas de la libertad son un problema estructural de la sociedad contemporánea, que han acompañado a la cárcel desde su inicio. Colombia no ha sido la excepción. El Sistema penitenciario y carcelario nacional, como se evidenció, ha estado en permanente reforma. A partir de 1991, con una Constitución que consagró el imperio de los derechos fundamentales y de la dignidad de todo ser humano, como principio axial del Estado, el estado de las cárceles y las penitenciarías se tornó aún más intolerable e inaceptable de lo que ya era bajo el orden constitucional que había estado vigente hasta ese momento. Con la sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional evidenció este estado de cosas contrario a la Constitución e impartió órdenes para superarlo. Aunque el Estado tomó importantes medidas en tal sentido y aunque el problema principal estudiado y tutelado en aquella ocasión (el hacinamiento) parecía estar siendo controlado, **las violaciones a los derechos fundamentales continuaron y, ahora, han llegado a niveles históricos.** Buena parte de los problemas que se presentan se diagnosticaron hace décadas y las soluciones también han sido planteadas de forma reiterada; no obstante, las omisiones institucionales para implementarlas han sido igualmente reiterada. (...)” (Negritillas de la Sala).*

Entre los numerosos problemas del Sistema Penitenciario y Carcelario, la Corte Constitucional se refirió de manera especial, al de la falta de salubridad en los centros de reclusión. Señaló la Corte Constitucional:

**“7.9. Derecho a la salud, a la integridad física y mental y a vivir en un ambiente salubre e higiénico**

7.9.1. *Una doble afectación; el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad se irrespeta y se deja de proteger y garantizar: se somete a las personas a condiciones que deterioran su salud y, luego, se les priva de acceso a los servicios de salud requeridos*

7.9.1.1. *La violación al derecho a la salud también es evidente y manifiesta. La crisis y los problemas de salud en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia son latentes, en especial, a partir de la declaración de emergencia en el sistema carcelario, declarada, precisamente, por la crisis que afrontaba la prestación de servicios de salud dentro del sistema.*

7.9.1.2. *Pero la gravedad de la violación al derecho a la salud no está dada, únicamente, porque las personas reclusas en las cárceles y penitenciarias no puedan acceder a los servicios de salud, ni siquiera a aquellos que se requieren con necesidad. Quizá la más grave violación al derecho a la salud de las personas privadas de la libertad es que se deteriore y logre afectar el grado de salud con el cual contaba la persona al ingresar al establecimiento de reclusión. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud, como cualquier otro derecho fundamental, tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales. Hay algunas dimensiones de protección de los derechos fundamentales que suponen actuaciones positivas del Estado, para asegurar a una persona que pueda gozar efectivamente de un derecho que, de otra forma no podría hacerlo. Pero existen dimensiones de*

*protección que requieren, básicamente, que el Estado se abstenga de actuar. Ámbitos de protección en los que las personas gozan efectivamente de un derecho, siempre y cuando el Estado se abstenga de hacer algo que, de ocurrir, afectaría el derecho.*

*7.9.1.3. Ese es precisamente el caso de las personas privadas de la libertad en las cárceles y penitenciarias de Colombia. Existe una grave violación del derecho a la salud, al no brindar a las personas presas acceso a los servicios de salud que se requieren. Pero existe una violación del derecho a la salud aún más básica y grave, al privar a las personas del grado de salud y de bienestar con el cual entraron a prisión. En otras palabras, las condiciones en que se encuentran los establecimientos de reclusión, en especial, a propósito del fenómeno de hacinamiento, implica que a una persona que es condenada no solo se le impondrá el castigo de privarla de su libertad sino que, además, se le privará del nivel de salud del cual gozaba. No solo no se actúa para que la persona mejore su salud y supere las afecciones que puede sufrir, sino que se toman acciones que disminuyen el nivel que tiene. Así lo ha constatado la jurisprudencia constitucional, en casos en los que ha tutelado el derecho fundamental a la salud de una persona que se ha visto afectado y deteriorado por las condiciones insalubres e faltas de higiene a las que fue sometido (...).*

La Corte se refirió igualmente el grave problema del hacinamiento en las cárceles colombianas, pero precisó que este no se solucionaba solamente con la construcción de más establecimientos. Sostuvo la Corte:

*“8.2.3. El hacinamiento, un problema de urgente solución que no se resuelve solo con más cárceles.*

*8.2.3.1. El hacinamiento no es el problema más importante, pero es el primero a enfrentar, el que con mayor urgencia reclama ser atendido. Los problemas más importantes de una prisión, y el caso colombiano no es la excepción, consisten en poder cumplir con sus cometidos básicos y principales, como por ejemplo, controlar las personas que cometen grandes ofensas en contra de la sociedad, neutralizar su accionar y resocializarlos para que puedan vivir nuevamente en una sociedad libre y democrática, fundada en el respeto a la dignidad de todo ser humano. Sin embargo, el hacinamiento es el primer problema a resolver por el efecto nefasto que produce sobre cualquiera de los problemas básicos de la prisión. El efecto potenciador y amplificador de las dificultades que tiene el hacinamiento lleva a que sea el primer problema a resolver, la cuestión que requiere atención de manera inmediata y urgente, puesto que si no se supera, difícilmente se podrá hacer avances importantes, eficientes y sostenibles en cualquier otra área. (...).*

*8.2.3.2. De la información aportada al proceso, la Sala concluye que es muy probable que sea necesario construir nuevos centros de reclusión para atender la demanda existente, pudiendo reemplazar viejos establecimientos que hoy en día no pueden seguir funcionando, dado el grave deterioro en que se encuentran. No obstante, de los diagnósticos aportados también es posible concluir que el hacinamiento no solo requiere para su solución, la construcción de nuevos centros para privar de la libertad a las personas. (...). En otras palabras, el hacinamiento no solo se resuelve con más cárceles, también con menos cárcel.*

8.2.3.3. *Es importante que el Estado difunda este diagnóstico entre las autoridades penitenciarias y carcelarias que hoy en día siguen considerando que la solución del estado de cosas inconstitucional está en el aumento de cupos carcelarios. Dentro de los procesos de acción de tutela acumulados, por ejemplo, algunas de las autoridades carcelarias, si bien reconocen el alto impacto que tiene el hacinamiento sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, consideran que esa situación, al igual que se dijo en 1998, se acabarán con esta ampliación de cupos. Así, por ejemplo, dentro de la última acción de tutela acumulada en el proceso (aquella que se dirigió por el Defensor del Pueblo Regional del Magdalena Medio) se presentó la solución en tales términos. (...) No obstante es importante señalar que incluso para los que confían en que la solución está en la construcción de más cupos, el ‘traslado’ de personas entre establecimientos es una herramienta que ha colaborado, pero que solo es una solución temporal, puesto que las causas principales del hacinamiento se siguen dando. (...).*

#### 8.2.4. El problema no es solo hacinamiento

8.2.4.1. *El problema del Sistema penitenciario y carcelario colombiano no es únicamente el hacinamiento. (...) De hecho, uno de los problemas que se verificó en los planes y programas de ajuste a la política criminal y carcelaria, es que los esfuerzos de soluciones se habían concentrado de manera excesiva en las propuestas de solución al hacinamiento mediante nuevas construcciones. Este tratamiento pareciera suponer que el único problema grave del Sistema es el hacinamiento, que la única manera de resolverlo es con más cárceles y que, si se logra, esto traerá como consecuencia la solución de todos los inconvenientes y que se remuevan los obstáculos al goce efectivo del derecho. La Sala cuestiona estas aproximaciones. Ni el hacinamiento es el único problema del Sistema, ni la construcción de cárceles es la única solución a este, ni los demás problemas se solucionarán automáticamente, cuando se resuelva el hacinamiento”*

Finalmente la Corte anunció en la parte motiva la importante decisión de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional ya no “en las prisiones” como había sido en la Sentencia T-153 de 1998 sino mucho más amplio, “en el Sistema Penitenciario y Carcelario”. Manifestó la Corte:

*“11.1. Se declara que el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional, por cuanto (i) los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; (ii) las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivadas de tales derechos, han sido incumplidas de forma prolongada; (iii) el Sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano; (iv) hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia; (v) la solución de los problemas estructurales compromete la intervención de varias entidades, que deben realizar acciones complejas y coordinadas; y, finalmente, (vi) si todas las personas privadas de la libertad que se ven enfrentadas al mismo estado de cosas presentaran acciones de tutela (u otros mecanismos de defensa de sus derechos), tal como lo hicieron los accionantes de las tutelas acumuladas en esta oportunidad, el sistema judicial se congestionaría aún más de lo que está ocurriendo”*

Es así como la Corte en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia dispuso entonces:

**“Segundo. DECLARAR** que el Sistema penitenciario y carcelario nuevamente está en un estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Luego la Corte dispuso impartir las órdenes generales mencionadas en el capítulo 10.3 de la sentencia de tutela, de la siguiente forma:

**“Tercero. ORDENAR** al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y al Inpec que convoque al Consejo Superior de Política Criminal para que continúe tomando las medidas adecuadas y necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario, teniendo en cuenta, de forma preponderante, los parámetros establecidos en el capítulo (8) y el apartado (10.3.) de las consideraciones de la presente sentencia.(...)”

En el caso específico del personal de custodia y vigilancia del Inpec, la Corte señaló el mandato de que debe ser un número suficiente de personas para prestar el servicio requerido y que estas deben estar capacitadas correctamente para el desempeño de su labor. El numeral 10.3.12 de la sentencia establece lo siguiente:

**“10.3.12. Protección a la Guardia.** La necesidad de mejorar la calidad de la guardia de las prisiones es una necesidad sentida en Colombia, al igual que en la región Latinoamericana. No es posible lograr un adecuado sistema penitenciario y carcelario, que respete, proteja y garantice los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, **sin la cantidad suficiente de personas para prestar el servicio de guardia e instruidas correctamente para hacerlo**”<sup>320</sup> (Resalta la Sala).

Por último, cabe mencionar que en el numeral Décimo Séptimo de la parte resolutive de la Sentencia de tutela C-388 de 2013 da una orden general al Presidente de la República y al Ministro de Hacienda y Crédito Público para que tomen las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos suficientes para dar cumplimiento a la sentencia. Dice así:

**“Décimo séptimo-. El Gobierno nacional, a través del Presidente de la República y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos, que permitan la sostenibilidad de todas las medidas a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia”.** (Resalta la Sala).

320 Nota de la Corte: DAMMERT, Lucía & ZÚÑIGA, Liza (2008) *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. OEA & FLACSO-Chile. 2008 (p. 160). Se dice al respecto: “[...] para evitar situación extremas [de violencia] no solo deben mejorar las condiciones de infraestructura de la cárcel, sino también la cantidad y calidad del personal, que actualmente cuenta con limitados niveles de formación especializada para la labor penitenciaria, y en algunos casos deben trabajar en una inferioridad numérica muy grande respecto de la cantidad de reclusos que tienen a cargo”.

La declaratoria del estado de cosas constitucional en el sistema penitenciario y carcelario fue reiterada por la Corte en posteriores sentencias de tutela como se menciona a continuación.

## 2. Sentencia T-195 de 2015

La Corte Constitucional mediante la Sentencia de tutela T-195 del 17 de abril de 2015, se refirió nuevamente sobre el estado de cosas inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario del país y se pronunció respecto del déficit de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), para atender adecuadamente sus funciones de custodia y vigilancia. Señaló la Corte lo siguiente:

*“A partir de la información suministrada por las partes en el presente trámite de tutela y de los documentos oficiales y públicos referidos en líneas anteriores, **queda demostrada la existencia de un déficit de personal al interior del Inpec, incluidos el personal de custodia y vigilancia y el personal administrativo** (...). Esta situación necesariamente incide en la observancia de las funciones que tiene a cargo dicha institución, de garantizar el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, la detención precautelativa, la seguridad, la atención social y el tratamiento penitenciario de la población privada de la libertad; y **claramente vulnera el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y puede afectar derechos fundamentales como la salud, la vida, la integridad personal, la dignidad humana y la igualdad de los funcionarios**. Así las cosas, existe una conexión directa entre el déficit de personal del Inpec y la afectación de las condiciones de habitabilidad de los privados de la libertad y del personal de custodia y vigilancia.*

*Es claro, entonces, que “[e]l factor humano en la gestión de las prisiones es determinante. El grado de respeto y materialización de los derechos humanos de las personas privadas de libertad está correlacionado positivamente con la calidad del servicio penitenciario” (Michael Reed Hurtado. La dimensión humana en la administración penitenciaria). Según el Manual de Buena Práctica Penitenciaria, “[c]uando el Estado priva de [la] libertad a una persona, asume el deber de cuidarla. El principal deber del cuidado es mantener la seguridad de las personas privadas de su libertad, como también proteger su bienestar” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998). En esta línea argumentativa, **la falta de funcionarios de custodia y vigilancia en un centro de reclusión impacta negativamente en el cumplimiento del deber de cuidado, y pone en riesgo no solo los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de los reclusos y de quienes se encuentran bajo medidas de prisión y detención domiciliaria, sino que afecta el ejercicio de otros derechos, que, como los anteriores, no se encuentran ni suspendidos ni restringidos** (este punto fue analizado en el considerando 3), por ejemplo, el derecho a la salud, a la libertad de cultos, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a la vida familiar y al acceso a la administración de justicia. Asimismo, claramente se dificulta el cumplimiento de las remisiones judiciales, hospitalarias, médicas e intermunicipales que deban atenderse por parte del Inpec. (...)*

*La falta de funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, y de personal administrativo, agrava el estado de cosas contrario al orden constitucional en que se encuentran los*



*establecimientos penitenciarios y carcelarios del país. Por ello, debe exigirse del Estado mayores esfuerzos presupuestales, administrativos y logísticos destinados al aumento de la planta de personal del Inpec, en un tiempo razonable. Estas medidas deben ser tomadas con urgencia, (...).” (Negrillas de la Sala).*

Ante esta problemática, la Corte Constitucional ordenó realizar el estudio sobre la proporción que debía existir en el centro de reclusión objeto de la tutela, entre la población de internos y el personal de guardia y administrativo, descontando el porcentaje del personal estuviera ausente por diversos motivos. Es así como en el numeral tercero de la parte resolutive, dispuso lo siguiente:

**“Tercero.- ORDENAR** al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, así como al Inpec y al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Paz de Itagüí, que en atención a las particularidades de dicho centro de reclusión y las necesidades propias del servicio, realicen un estudio que determine la relación óptima que debe existir entre (i) el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y la población de internos, y (ii) el personal administrativo y la población de internos, descontando el porcentaje del personal que se encuentra en vacaciones, licencias, permisos e incapacidades. En esta tarea también deberá tomarse en consideración la responsabilidad que tiene el Inpec con las personas que se encuentran en prisión o detención domiciliaria. Una vez se obtenga la relación óptima funcionarios/internos en el EPC La Paz, procedan a proveer los cargos vacantes tanto del personal de custodia y vigilancia como del personal administrativo en dicho establecimiento de reclusión<sup>321</sup>, y gestionar la creación de los cargos necesarios para superar el déficit de personal actualmente existente. La elaboración del estudio deberá contar con la participación del personal de custodia y vigilancia y el personal administrativo del EPC La Paz y realizarse dentro de un plazo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia”.

### 3. Sentencia T-762 de 2015

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-762 del 16 de diciembre de 2015, reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país, declarado mediante la Sentencia T-388 de 2013. La Corte encontró al revisar las problemáticas concretas de las numerosas acciones de tutela acumuladas para proferir esta sentencia, que la situación en los centros de reclusión seguía siendo contraria a la Constitución de 1991 y expresó lo siguiente:

*“En efecto, al analizar los ítems reseñados en el fundamento jurídico 17 de esta providencia, esta Sala Quinta de Revisión encuentra que, con ocasión de las denuncias sobre las condiciones de habitabilidad en las cárceles y penitenciarías de Bucaramanga, Pereira, Santa Rosa de Cabal, Medellín, Bogotá, Cúcuta, Anserma, San Vicente de Chucurí, Cartago, Palmira, Florencia, Apartadó, Sincelejo, Roldanillo y Villavicencio, se constata que persiste:*

321 Nota de la Corte: En este aspecto, es importante tener presente el parágrafo 3° del artículo 31 de la Ley 1709 de 2014, “por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, que preceptúa: “El Inpec, con el fin de garantizar la prestación del servicio de guardia y vigilancia al interior de los establecimientos, podrá vincular a quienes hubieren definido su situación militar como auxiliares del Inpec, previa la realización de cursos de complementación, salvo que hubieran sido amonestados en su ejercicio”.

**La violación masiva de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas, a la salud, al agua potable, a la resocialización de los condenados penalmente, entre otros, pues es notorio que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad, sometidas a las actuales condiciones de reclusión, que revela el caudal probatorio, han sido desprovis-tas no solo del derecho a la libertad, como lógicamente corresponde, sino del ejercicio de muchas de las demás garantías constitucionales, sin que ello pueda ser admisible en un Estado Social de Derecho, bajo ningún argumento.(...).**

- El desconocimiento de los derechos fundamentales además es **generalizado**, en la medida en que se ha consolidado como una práctica a lo largo y ancho del territorio nacional, como se extrae de las aseveraciones que se han expresado en este apartado.
- El incumplimiento **prolongado** de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas reclusas, que se estableció, incluso antes del año 1998, cuando se explicó que el problema relativo a la violación masiva de derechos de los reclusos, no era novedoso en el país. (...).
- La falta de adopción de las medidas legislativas, administrativas o presupuestales **necesarias y eficaces** por parte de las autoridades encargadas, para evitar la vulneración de derechos. Aunque es claro que el Estado ha realizado esfuerzos importantes en materia penitenciaria y carcelaria, también es evidente que los mismos no han sido eficaces para superar la crisis.

**Según lo establece el informe enviado a esta Sala por parte de la Defensoría del Pueblo “en el año 2014 la sobreocupación bordeó máximos históricos cercanos al 60%”. Allí se asegura que “nunca en la historia del país la problemática carcelaria fue tan grave como la que enfrentamos hoy” (...), revelando la insuficiencia de las medidas hasta ahora adoptadas. Así mismo se comprueba que:**

- Las soluciones a los problemas constatados en el Sistema penitenciario y carcelario comprometen la intervención de varias entidades, **requieren de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exigen un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.** (...)

26. En vista de todo lo antedicho, **la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional reiterará el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, declarado en la Sentencia T-388 de 2013**, como consecuencia de la existencia de fallas estructurales en él, relacionadas directamente con la Política Criminal adoptada por el legislador, derivando en el compromiso masivo de varios derechos fundamentales en el país, como se desprende de las verificaciones efectuadas en cada uno de los 16 centros de reclusión sobre los que versa el presente análisis”. (Resalta la Sala).

La Corte Constitucional en esta sentencia dio también órdenes generales a distintas entidades públicas, las cuales describió y explicó en el numeral 100 y siguientes de la parte considerativa. Es así como, por ejemplo, respecto de los servicios de salud, le asignó su reglamentación al Ministerio de Salud, en estos términos:

**“c. La precariedad de los servicios de salud.** *La asistencia en salud deberá ser permanente al interior de la prisión y prestarse en forma coordinada con la Secretaría de Salud (municipal o departamental) del ente territorial en el que se ubique el establecimiento penitenciario. Las condiciones mínimas de prestación del servicio en cuanto al número de profesionales de la salud que deben estar presentes en el establecimiento penitenciario, las directrices sanitarias y de infraestructura de los mismos, y la disposición mínima de implementos médicos y de medicamentos, deberán ser establecidas por el Ministerio de Salud. (...):*”

En relación con el tema del número de guardias que debe haber para vigilar y controlar el alto número de reclusos, la Corte señaló la necesidad de establecer la proporción adecuada de acuerdo con estudios técnicos de seguridad y según los requerimientos particulares inherentes a la clasificación como cárceles de mínima, mediana y máxima seguridad. Señaló la Corte en el literal j) y el numeral 170 de las órdenes generales lo siguiente:

**“j) El reducido número de guardias, en relación con el alto número de reclusos, en aumento.** *Sobre el tema de la proporción entre el número de guardias y el número de reclusos existente en el interior de las cárceles del país, no existe un referente técnico que permita establecer con un amplio grado de certeza los parámetros de adecuación de este aspecto de la vida carcelaria. La preocupación por este aspecto resulta vital en la medida en que permite o restringe la posibilidad de salvaguardar la integridad física de los internos, e incluso su vida. Además la disciplina que es inherente a la dinámica de la vida carcelaria solo puede establecerse en la medida en que los guardias no aparezcan simbólica ni realmente disminuidos, en número y capacidad de respuesta, frente a los prisioneros. (...)*

*Ante la ausencia de más elementos de juicio que permitan identificar una relación óptima entre el número de guardias y el número de reclusos por establecimiento penitenciario, esta Sala considera oportuno llamar al Estado a que consolide parámetros técnicos y concretos al respecto. Para tal efecto, una vez más deberá llamarse a la consolidación de **un Comité Técnico para la Estructuración de las Normas Técnicas Mínimas de Privación de la Libertad, conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Inpec, la Uspec, el Ministerio de Salud y la Protección Social y organizaciones de defensa de los derechos de los presos, llamando como mínimo al Comité Internacional de la Cruz Roja al debate sobre el particular.***

*Tal Comité deberá estructurar normas técnicas sobre la seguridad en los establecimientos penitenciarios del país, conforme los requerimientos particulares inherentes a su clasificación como cárceles de mínima, mediana y máxima seguridad, y en ellas, distinguirán las áreas destinadas para la reclusión de los internos sindicados.*

*La labor de establecimiento de las normas técnicas en seguridad deberá establecer el número de reclusos por guardia que se estima conveniente para conservar la convivencia y la disciplina dentro del establecimiento penitenciario, y los dispositivos con los que cada uno de ellos debe contar para asegurar la tranquilidad, identificando los derroteros y límites para su utilización. (...)* (Destaca la Sala).

Vale la pena destacar que entre las órdenes generales de la parte resolutive, se encuentra la No. 20 que dispone que el Inpec, la Uspec y el Ministerio de Justicia y del Derecho deben rehacer *“las bases de datos y estadísticas respecto de la capacidad real de los establecimientos de reclusión en el país, teniendo en cuenta que solo puede contar cupos que cumplan con las **condiciones mínimas de subsistencia digna y humana** propuestas en la presente providencia (...), con el objetivo de establecer cuál es el nivel real de hacinamiento si se tiene en cuenta el referido estándar”*.

Finalmente, la sentencia impone al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación la obligación de efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento de la misma. Dispone la orden general No. 34 de la parte resolutive lo siguiente:

**“34. ORDENAR** al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Departamento Nacional de Planeación que las erogaciones que sean consecuencia de esta sentencia sean efectuadas con el fin de colaborar a las instituciones concernidas, para efectuar las acciones que les correspondan, en los términos conferidos”.

#### **D. La situación presentada respecto del Estudio Técnico de Fortalecimiento de la Planta de Personal del Inpec y la improbación de la viabilidad presupuestal**

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), realizó el Estudio Técnico de Fortalecimiento de la Planta de Personal ante el mandato del parágrafo 2º del artículo 31 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 35 de la Ley 1709 de 2014, y las órdenes impartidas en las sentencias de tutela citadas de la Corte Constitucional, tendientes a resolver el estado de cosas inconstitucional declarado respecto del Sistema Penitenciario y Carcelario, y otras órdenes proferidas por Tribunales y Juzgados en fallos de tutela, y también ante las necesidades de los servicios que presta. Este estudio fue aprobado por su Consejo Directivo el 25 de noviembre de 2015 y dio como resultado la necesidad de aumentar el personal de planta del Inpec en 16.671 cargos, es decir, prácticamente doblar la planta actual.

Con fundamento en dicho Estudio, la Dirección General del Inpec, mediante el oficio No. 8100-DINPE-002000 del 17 de junio de 2016, solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la viabilidad presupuestal con el fin de tramitar la modificación de la planta de personal de la entidad, consistente en la creación de 16.520 cargos de guardias de custodia y vigilancia en el Sistema Penitenciario y Carcelario, bajo una implementación gradual a mediano y largo plazo.

La Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el oficio No. EXT16-0038419 del 4 de octubre de 2016, respondió que *“no es posible expedir viabilidad presupuestal a la modificación de la planta de personal del Inpec, para crear 16.520 cargos a nivel Nacional, con la gradualidad propuesta”*, con base en lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, referente a la racionalización del gasto público nacional, que establece que en la actualidad, los gastos de personal *“no podrán crecer en términos reales”*.

Ante esta circunstancia, el Ministro de Justicia y del Derecho consulta a la Sala acerca de qué mecanismo excepcional es jurídicamente válido para habilitar un título de gasto que permita dar viabilidad a una adición presupuestal en el rubro de funcionamiento de gastos de personal, con el objetivo de aumentar la planta de personal del Inpec y si en este caso, puede darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 79 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto.

## **E. Mecanismos y alternativas jurídicas para la viabilidad presupuestal del aumento de la planta de personal del Inpec**

Para dar respuesta a la consulta formulada, la Sala realiza unas consideraciones preliminares que estima necesarias, respecto de la situación fáctica presentada y desarrollada en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, y los requerimientos y solicitudes del Tribunal para que el Gobierno nacional, en forma conjunta, realice las actuaciones necesarias que permitan dar una solución integral al Estado de Cosas Inconstitucional. Así mismo, respecto de las órdenes impartidas con el fin de obtener los recursos económicos que deriven en la solución de esta situación inconstitucional.

Con posterioridad, se plantearán los mecanismos y alternativas jurídicas que debe valorar el Ministerio, con el fin de obtener la viabilidad presupuestal que le permita el aumento de los gastos de funcionamiento para ampliar la planta de personal del Inpec.

El dictamen solicitado se refiere, en su primera pregunta, a informar los mecanismos excepcionales jurídicamente válidos para habilitar el título de gasto que permita dar viabilidad a una adición presupuestal en los gastos de funcionamiento de la planta de personal del Inpec. Una segunda pregunta, sobre la aplicación del artículo 79 de Decreto 111 de 1996, para realizar una adición presupuestal, teniendo en cuenta la evidencia de su necesidad con el fin de aumentar las apropiaciones presupuestales para ampliar la planta de personal del Inpec.

Para el efecto, la Sala realizará una distinción entre la forma de obtener los recursos necesarios planteados en el estudio técnico realizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y los mecanismos legales sobre las restricciones al control de gastos de personal, entre otros, la interpretación debida del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, que permitan al Ministerio consultante analizar alternativas de corto y mediano plazo.

### **1. Consideraciones preliminares**

#### **a. La necesidad de una solución integral que demanda la Corte Constitucional para resolver la violación de los derechos fundamentales en los centros de reclusión**

La Sala destaca las consideraciones finales incorporadas en la solicitud de dictamen, donde se señala la posibilidad consagrada en el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996 para realizar la adición presupuestal necesaria para aumentar la planta de personal del Inpec. Al mismo tiempo, se afirma que las Leyes 617 de 2000 y 1819 de 2016, “*constituirían*

*una limitación para dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Constitucional*”, o en otros términos, acatar estas disposiciones legales, para atender la literalidad de una norma, implicaría desconocer lo ordenado por la Corte Constitucional, y sus fallos del mismo rango constitucional.

Analizadas las sentencias de tutela en los términos expuestos y el contenido del ordenamiento jurídico legal, la Sala considera que la gravedad de las violaciones a los derechos fundamentales que señala la Corte, respecto de las medidas parciales que en buena hora pretende el Ministerio de Justicia, no permiten por sí solas dar respuesta a una solución integral que debe emanar de una acción conjunta del Presidente de la República y de todos los Ministerios que conforman el Gobierno nacional, como así lo señala el Tribunal Constitucional.

El estado de cosas inconstitucional que, desde 1998, describe y declara la Corte Constitucional en las sentencias de tutela mencionadas, constituye una gravísima violación de un gran número de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, que amerita una solución integral. Por esta razón, la Corte Constitucional imparte una serie de órdenes generales tendientes a resolver la delicada situación penitenciaria y carcelaria existente en el país y órdenes particulares a los casos planteados en las acciones de tutela acumuladas. Las órdenes generales están dirigidas al Gobierno nacional a través del Presidente de la República y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que adopten las medidas adecuadas y necesarias que aseguren los recursos suficientes y oportunos que permitan la sostenibilidad de todas las medidas a implementar, para dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia T-388 de 2013.

En la Sentencia T-762 de 2015, establece una serie de órdenes generales a distintas entidades estatales, entre ellas al Ministerio de Salud, para atender la precariedad en estos servicios. En forma adicional, llama a la consolidación del Comité Técnico conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Inpec, la Uspec, el Ministerio de Salud y la Protección Social y organizaciones privadas.

De lo anterior, es claro que las órdenes de la Corte Constitucional no tienen como destinatario solamente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), que ciertamente es una de las entidades concernidas de manera relevante por el problema existente en los centros de reclusión del país, pues el problema coyuntural requiere de una solución de todas las entidades públicas que en distinta forma deben colaborar para solucionar las graves violaciones que derivaron en la calificación del Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, declarado en la Sentencia T-388 de 2013.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que el Estado de Cosas Inconstitucional no deriva exclusivamente de la falta de personal de custodia y vigilancia y de personal administrativo del Inpec, sino que se presenta por un conjunto de problemas estructurales de violación masiva y generalizada de los derechos constitucionales de los internos, que no se han resuelto desde hace varios años, de modo que se han venido agravando con el tiempo al punto de generar una situación crítica e insostenible. En la Sentencia de tutela

T-762 del 16 de diciembre de 2015, por ejemplo, en el numeral 170, la Corte Constitucional pronuncia la siguiente orden general:

*“Ante la ausencia de más elementos de juicio que permitan identificar una relación óptima entre el número de guardias y el número de reclusos por establecimiento penitenciario, esta Sala considera oportuno llamar **al Estado** a que consolide parámetros técnicos y concretos al respecto.*

*Para tal efecto, una vez más deberá llamarse a la consolidación de **un Comité Técnico para la Estructuración de las Normas Técnicas Mínimas de Privación de la Libertad, conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Inpec, la Uspec, el Ministerio de Salud y la Protección Social y organizaciones de defensa de los derechos de los presos, llamando como mínimo al Comité Internacional de la Cruz Roja al debate sobre el particular.***

***Tal Comité deberá estructurar normas técnicas sobre la seguridad en los establecimientos penitenciarios del país, conforme los requerimientos particulares inherentes a su clasificación como cárceles de mínima, mediana y máxima seguridad, y en ellas, distinguirán las áreas destinadas para la reclusión de los internos sindicados.***

***La labor de establecimiento de las normas técnicas en seguridad deberá establecer el número de reclusos por guardia que se estima conveniente para conservar la convivencia y la disciplina dentro del establecimiento penitenciario, y los dispositivos con los que cada uno de ellos debe contar para asegurar la tranquilidad, identificando los derroteros y límites para su utilización.”** (Negrillas de la Sala).*

En este caso, no se encuentran en los antecedentes o en la información remitida con la consulta, los resultados de la labor asignada por la Corte a este Comité Técnico, integrado por varios organismos y entidades estatales, y la estructuración de las normas técnicas sobre seguridad en los establecimientos penitenciarios del país según su clasificación, entre ellas, lo atinente al número de reclusos por guardia y los dispositivos con que se debe contar para asegurar estos objetivos<sup>322</sup>.

En síntesis, la Sala debe destacar que el aumento de la planta de personal es apenas una de las aristas del problema y si bien contribuiría a resolver un aspecto del Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario del país, es claro que no soluciona la integralidad de la situación, en los términos descritos por la Corte Constitucional, frente a la grave violación de derechos fundamentales. En efecto, la Corte enuncia, entre otros, los derechos a la salud, a la integridad física y mental, a vivir en un ambiente salubre e higiénico, a la dignidad humana, a la no discriminación, a la reinserción social, al respeto de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, a la educación, al debido proceso y al acceso a la justicia<sup>323</sup>.

322 Cabe anotar que el Estudio Técnico para el Fortalecimiento de la Planta de Personal del Inpec fue elaborado por este Instituto y aprobado por su Consejo Directivo el 25 de noviembre de 2015 y la orden dada al mencionado Comité Técnico es posterior, pues la Sentencia T-762 de 2015 es del 16 de diciembre de ese año.

323 Sentencias T-388 de 2013, T-195 de 2015 y T-762 de 2015.

Con fundamento en lo expuesto, la posible superación de la norma de restricción de planta de personal, no permitiría por sí sola, dar cumplimiento y solución a las violaciones de los varios derechos fundamentales que se presentan en la situación actual del sistema carcelario.

Si bien se reconoce la evidente inconveniencia de la restricción absoluta del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, para atender situaciones excepcionales o futuras necesidades, propias de la diversificación y complejidad de los servicios públicos y del interés general, y se estima necesaria y urgente su revisión y modificación en este sentido, su vigencia no tiene discusión.

En otras palabras, la norma del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 está vigente<sup>324</sup> y se debe aplicar así resulte inconveniente para solucionar la situación planteada a la Sala.

No obstante, lo que sí procede es el análisis integral y sistemático de su contenido y el alcance de la restricción; la posibilidad de realizar adiciones presupuestales por medio del Congreso y la aplicación del principio de programación integral, para incorporar en un proyecto de inversión, como la construcción de nuevos centros de reclusión, los costos inherentes al mismo, incluidos los de funcionamiento para garantizar su planta de personal, aspectos que serán analizados en este concepto.

Así mismo, la legislación prevé en cuanto a la obtención de los recursos, diversas posibilidades, aún para situaciones excepcionales y sobrevinientes, que igualmente se plantean para ser valoradas por el Gobierno nacional, con miras a atender los mandatos de la Corte Constitucional.

Finalmente en este punto, la Sala pone de manifiesto la necesidad de dar una solución integral al problema del Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, que declaró la Corte Constitucional en los referidos fallos de tutela, y de evaluar las diferentes soluciones. Para ello, estima necesario recomendar algunas actuaciones encaminadas a este objetivo.

En primer lugar, la solución integral debe emanar del Gobierno nacional. Como se expuso, varias de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional comprenden distintas entidades estatales y algunas incluso, se dirigen al señor Presidente de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, entre otros, para la obtención de recursos presupuestales. Para la solución integral y por la gravedad de lo expuesto por la Corte Constitucional y sus decisiones en los fallos citados, sería recomendable que el Gobierno evaluara si dicha situación justifica, como parece serlo, su análisis en un Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes).

324 Resulta oportuno anotar que en algunos de los Decretos-Leyes para la implementación del Acuerdo de Paz, expedidos recientemente por el Gobierno Nacional, se citó el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, para su aplicación. Así, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 5º del Decreto-Ley 897 del 29 de mayo de 2017, "Por el cual se modifica la estructura de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas y se dictan otras disposiciones", establece lo siguiente:

**"Artículo 5º. Recursos del programa.** (...) Para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, todos los gastos correspondientes a los cargos que se destinen al desempeño de actividades del programa de reincorporación económica y social del presente decreto, no pueden implicar un incremento en los costos actuales de la planta de personal de las entidades responsables de su ejecución (...)"



Teniendo en cuenta que en el Plan Nacional de Desarrollo que comprende el año 2017, no se encontró una programación de recursos relacionados con esta problemática, se recomienda que en la ley del próximo Plan Nacional de Desarrollo, se fijen estrategias, planes y programas concretos destinados a resolver la grave situación penitenciaria y carcelaria.

#### **b. Los recursos presupuestales**

La Sala llama la atención respecto de la orden impartida al Gobierno nacional por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia de tutela C-388 de 2013, con la finalidad de conseguir los recursos económicos para la solución del Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario del país.

Tal orden se encuentra establecida en el numeral Décimo Séptimo de la parte resolutive de dicha sentencia, para solucionar la situación de hecho analizada en este fallo.

*“**Décimo séptimo.** El Gobierno nacional, a través del Presidente de la República y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos, que permitan la sostenibilidad de todas las medidas a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia”.*

Como se aprecia, la orden es clara y está dirigida al Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que adopten las medidas necesarias destinadas al cumplimiento de las órdenes contenidas en la mencionada sentencia. Una orden similar impartió la Corte Constitucional por medio de la Sentencia de tutela T-762 de 2015. La orden general No. 34 de la parte resolutive de esta sentencia establece lo siguiente:

*“**34. ORDENAR** al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Departamento Nacional de Planeación que las erogaciones que sean consecuencia de esta sentencia sean efectuadas con el fin de colaborar a las instituciones concernidas, para efectuar las acciones que les correspondan, en los términos conferidos”.*

En este evento, se observa que la Corte dirige la orden tanto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como al Departamento Nacional de Planeación, para que efectúen las erogaciones necesarias con destino a las entidades a las cuales la sentencia les ha impartido órdenes, con la finalidad de asegurar su cumplimiento. Conforme se aprecia, las órdenes generales impartidas por la Corte Constitucional involucran en realidad, al Gobierno nacional.

En esta perspectiva, se advierte que, dada la magnitud del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, declarado por la Corte y la necesidad de efectuar una solución integral, hubiera sido deseable para alcanzar tal solución, haber previsto un conjunto de medidas en el actual plan nacional de desarrollo y otorgarle recursos suficientes y oportunos en las siguientes leyes anuales del presupuesto general de la Nación.

No obstante, la Sala constata que la Ley 1815 del 7 de diciembre de 2016 “*Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2017*”, en el artículo 97, hizo mención del propósito de cumplir las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en este campo, pero no adoptó una línea de acción concreta con recursos, para hacer efectivos sus mandatos. Indicó la norma lo siguiente:

**“Artículo 97.** *Las entidades responsables del Sistema Penitenciario y Carcelario del país del orden nacional, darán prioridad en la ejecución de sus respectivos presupuestos, a la atención integral a la población penitenciaria y carcelaria, en cumplimiento de las Sentencias de la Corte Constitucional T-388 de 2013 y T-762 de 2015”.*

En el caso de la presente consulta, la Sala debe referirse a una parte del problema, como quedó dicho, el aumento de la planta de personal del Inpec, cuya solución no tiene la fuerza fundamental para superar el mencionado Estado de Cosas Inconstitucional.

La consulta se refiere al mecanismo para conseguir la viabilidad presupuestal de dicho aumento, y en consecuencia, la Sala entra a plantear algunas alternativas para que sean consideradas y evaluadas por el Ministro de Justicia y del Derecho con el fin de tomar una decisión frente a la problemática presentada.

## **2. Algunas alternativas de mecanismos de solución presupuestal para el aumento de la planta de personal del Inpec**

### **a. Los estados de excepción previstos en la Constitución de 1991**

La consulta indaga inicialmente sobre la existencia de un mecanismo excepcional jurídicamente válido para dar viabilidad presupuestal al aumento de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), en cumplimiento de las Sentencias T-388 de 2013, T-195 y T-762 de 2015, mediante las cuales la Corte Constitucional declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario.

Al respecto se observa que la Constitución de 1991 contempla tres estados de excepción: el estado de guerra exterior (artículo 212), el estado de conmoción interior (artículo 213) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (artículo 215), los cuales, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las Sentencias C-122 de 1997 y C-802 de 2002, entre otras, constituyen regímenes especiales diseñados para enfrentar situaciones de anormalidad que requieren de medidas extraordinarias por parte del Gobierno nacional<sup>325</sup>.

### **b. El estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública (artículo 215 C. P.).**

<sup>325</sup> Cabe anotar que el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, modificado por el artículo 92 de la Ley 1709 de 2014, prevé el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria por determinadas causales, pero se observa que como medida presupuestal establece solamente “*los traslados presupuestales*” por parte de los Directores del Inpec y la Uspec, es decir, cuando ya existen los recursos económicos, y la presente consulta se refiere a la necesidad de obtener el “*certificado de viabilidad presupuestal*” expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre el aumento de la planta de personal del Inpec, esto es, cuando la entidad todavía no cuenta con los recursos necesarios, conforme se ha explicado en el acápite A. 2., de las consideraciones de este concepto.

## 1. Aspectos generales

La Constitución Política de 1991 regula de manera detallada y diferenciada las causas que originan cada estado de excepción, así como los requisitos formales y materiales para su declaración, las potestades que se pueden ejercer en cada caso y los controles políticos y jurídicos que salvaguardan su correcta utilización y la prevalencia del principio democrático.

En el caso particular de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública que ocupa a la Sala, la jurisprudencia ha recordado que es el resultado de la separación de los conceptos de orden público y político y de orden económico y social, introducido desde la reforma constitucional de 1968 y que se mantuvo en la Constitución de 1991<sup>326</sup>. Así, para enfrentar situaciones de crisis diferentes a las previstas en los artículos 212 y 213 de la Constitución, el artículo 215 permite activar un estado de emergencia por hechos sobrevinientes que perturben gravemente el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública. Al respecto se ha indicado lo siguiente:

*“La normalidad y el orden económico y social, no están pues excluidos de ser perjudicados o destruidos por el desorden. De hecho, los órganos de regulación y control, lo mismo que las normas, representan formas de relacionarse con el desorden a fin de excluirlo, evitarlo o corregirlo.*

*Erróneamente se piensa que la supervivencia del sistema económico y social sea asunto que incumbe exclusivamente al estado de emergencia, como si durante la normalidad aquel estuviera exento de librar la misma batalla, y las autoridades competentes no tuvieran en sus manos una parte no desestimable de su destino y la responsabilidad consiguiente de obrar con diligencia y tino. **Naturalmente, cuando el desorden amenaza de manera objetiva con superar niveles críticos poniendo en peligro factores esenciales de la convivencia, hasta el punto en que resulta incontrolable con base en los poderes ordinarios, deberá recurrirse a los poderes excepcionales**”.* (Se resalta).

La declaración de esta emergencia habilita al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. La Constitución exige además que los decretos que se expidan en virtud de dicha declaratoria se refieran a materias directa y específicamente relacionadas con el estado de emergencia y aunque se pueden establecer nuevos tributos o modificar los existentes, estas medidas dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente (ibídem).

En todo caso, la Constitución salvaguarda la potestad normativa del Congreso de la República al señalar que durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, “*podrá derogar, modificar o adicionar los decretos de emergencia, en aquellas materias que*

326 Sentencia C-2011 de 2016.

*ordinariamente son de iniciativa del Gobierno” y que “en relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo”.* (Ibídem).

Como sucede para los demás estados de excepción, el artículo 215 Superior prevé que el Congreso de la República ejerza el control político de las medidas adoptadas, pudiéndose reunir por derecho propio si no es citado en el decreto que declara la emergencia. En virtud de este control político, el Congreso deberá (i) examinar el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y (ii) pronunciarse expresamente “*sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas*”.

Igualmente, la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública está sometida a un control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (artículo 241-7 C.P). De manera particular el párrafo del artículo 215 señala que el Gobierno debe enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere ese artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumple con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehende de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Este último control, como sucede frente a los demás estados de excepción, es integral y estricto<sup>327</sup> y de ahí que la declaratoria de un estado de emergencia de este tipo deba cumplir también los requisitos de forma y de fondo (materiales) exigidos en la Constitución y la ley, los cuales pasan a revisarse.

## 2. Requisitos para su declaratoria

La jurisprudencia ha reiterado que la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública, debe cumplir de manera estricta los **requisitos formales** y **materiales** previstos en la Constitución, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción y el bloque de constitucionalidad<sup>328</sup>.

Sobre los primeros basta señalar para efectos de la presente consulta que la declaratoria del estado de excepción del artículo 215 de la Constitución Política debe: (i) estar suscrita por el Presidente de la República y todos los ministros (artículo 215 C.P. y 46 de la Ley 137 de 1994); (ii) ser motivada (la Corte Constitucional exige que la motivación sea *adecuada y suficiente* y en algunos casos la ha considerado un requisito sustancial<sup>329</sup>); (iii) establecer claramente su duración y sujetarse al límite temporal previsto en la Constitución (periodos de hasta treinta días que sumados no excedan de noventa días en el año); (iv) determinar claramente el ámbito territorial de aplicación; (v) si no se hallare reunido,

327 Sentencias C-156 y C-216 de 2011; igualmente Sentencia C-670 de 2015.

328 Sentencia C-670 de 2015.

329 Sentencia C-254 de 2009. En esta sentencia se consideró además que la falta de motivación es insubsanable y que “no puede ser suplida en el curso del juicio de constitucionalidad mediante el decreto y práctica de pruebas, ni con su referencia a esa declaratoria precedente en el Decreto ahora en revisión, toda vez que en la nueva declaratoria de estado de excepción, se imponía la enunciación siquiera concisa de los hechos y las razones de las ‘diversas manifestaciones sociales’ que habían sobrevenido adicionalmente, con ocasión de la continuada o acrecentada captación ilegal de recursos del público”.

convocar al Congreso de la República; (vi) remitir la declaratoria de emergencia a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para la revisión automática de constitucionalidad; y (vii) por mandato del artículo 16 de la Ley 137 de 1994, comunicar la decisión tanto al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas como al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos<sup>330</sup>.

En cuanto a los requisitos materiales o de fondo, la jurisprudencia<sup>331</sup> ha señalado que el decreto que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública debe cumplir un presupuesto fáctico y uno valorativo, cada uno sometido a juicios diferenciados, así:

**1. Presupuesto fáctico**  
(verificación objetiva)

- Juicio de realidad de los hechos
- Juicio de identidad (que no respondan a los supuestos de otro estado de excepción)
- Juicio sobre el carácter sobreviniente de los hechos

**2. Presupuesto valorativo**  
(aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad)

- Juicio de gravedad de la afectación
- Juicio de insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar la crisis y de necesidad de acudir a medidas extraordinarias

La Sala se detendrá en estos presupuestos materiales, en la medida en que son los que debe constatar y valorar el Gobierno nacional para determinar si procede o no la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en el Sistema Penitenciario y Carcelario. No sobra reiterar que se trata de requisitos concurrentes y que el Gobierno nacional debe examinarlos de manera estricta y detenida, además de dejar constancia de su valoración en un eventual decreto declaratorio del estado de excepción, dado el control político y de constitucionalidad al que estaría sometida una decisión de esa naturaleza, según se indicó.

**3. Presupuestos materiales de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica o por grave calamidad pública.**

**3.1 Presupuesto Fáctico**

En este presupuesto, el Gobierno nacional deberá verificar la existencia de los hechos y su carácter sobreviniente, así como su diferencia con aquellos que dan lugar a la declaratoria de guerra exterior y de conmoción interior. Para tal efecto deberá tener en cuenta el tripe juicio de validez al que se encuentra sometido este presupuesto:

**- Juicio de realidad de los hechos**

330 Sentencias C-216 de 2011 y C-670 de 2015.

331 Ver por todas, Sentencia C-670 de 2015.

Según la Corte Constitucional el juicio de realidad consiste en la determinación de que los hechos que dan lugar a la declaratoria de emergencia “efectivamente existieron, es decir, que se generaron objetivamente en el mundo de los fenómenos reales”.<sup>332</sup> Al respecto, se ha indicado que:

*“El presupuesto fáctico es susceptible de un juicio objetivo de existencia por parte del juez constitucional, quien debe determinar si los hechos invocados tuvieron ocurrencia. Se tiene entonces que la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos; por lo tanto, si efectivamente ocurrieron, el juicio objetivo de existencia se resuelve de manera positiva y en consecuencia la declaratoria del estado de conmoción interior, en lo atinente a ese primer presupuesto, es legítima; empero si el presupuesto fáctico no ha tenido lugar, esta primera constatación será negativa y en ausencia de ese presupuesto, la declaratoria deviene en inconstitucional”<sup>333</sup>.*

Por tanto, para cumplir este requisito en el caso analizado, la Sala recomienda verificar y documentar los hechos que generan la crisis en el Sistema Penitenciario y Carcelario actual, de manera que en el caso de una eventual declaratoria del Estado de Emergencia se puedan aportar las pruebas que los acreditan.

#### **– Juicio de identidad de los hechos**

En este juicio el Gobierno nacional debe constatar que los hechos invocados como sustento de la declaratoria del estado de emergencia “efectivamente corresponden a aquellos que la Constitución previó como detonantes específicos de esta modalidad de estado de excepción”<sup>334</sup> y que, por tanto, son “independientes y autónomos” de aquellos que dan lugar a los estados de excepción de los artículos 212 y 213 de la Constitución<sup>335</sup>. Sobre esta regla de identidad, la Corte Constitucional ha reiterado lo que señaló en la Sentencia C-004 de 1992:

*“La Constitución de 1991 sumó a este último [el orden económico] los elementos de orden social y ecológico, con el ánimo de racionalizar y controlar más adecuadamente el ejercicio de los poderes de excepción, por lo cual los presupuestos fácticos para la declaratoria del Estado de Emergencia deben ser distintos a los de los otros estados de excepción: guerra exterior o conmoción interior. Esto obviamente no significa que no puedan existir relaciones entre los factores económicos, sociales y ecológicos y el orden político, pues, como ya lo ha establecido esta Corporación: ‘no puede descartarse **ab initio** que la etiología última del estado de conmoción interior pueda residir en graves factores de tensión de orden económico o social. Por el contrario, parecería, si se revisa la historia, que esta es la constante. Lo que interesa, para los efectos constitucionales, es la naturaleza de la causa inmediata de la perturbación y la ubicación precisa de la deficiencia que impide resolver a través del régimen ordinario el insuceso que induce al estado de excepción”*

332 Sentencia C-670 de 2015.

333 Sentencia C-135 de 2009, reiterada en Sentencia C-156 de 2011.

334 Sentencia C-670 de 2015.

335 Sentencia C-216 de 2011.

Por tanto, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre el principio de identidad, el Gobierno deberá preguntarse si los hechos que causan la perturbación del orden público, social o ecológico en el Sistema Penitenciario y Carcelario, *“no son asimilables a los actos de agresión o de guerra externa en que se basa el Estado de Guerra Exterior (Art. 212 de la C.P.), ni consisten en actos lesivos de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, que integran la noción de orden público del Estado de Conmoción Interior (Art. 213 de la C. P.)”*<sup>336</sup> Solo en el caso de que la respuesta sea negativa (no existe similitud), este requisito se entendería cumplido.

### – Juicio sobre el carácter sobreviniente de los hechos

El tercer juicio que debe superar el presupuesto fáctico es sobre el carácter sobreviniente de los hechos. Se trata de un requisito que se deriva directamente del artículo 215 de la Constitución Política, según el cual la declaratoria de emergencia procede cuando *sobrevengan* hechos que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública. Además, el artículo 2º de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción señala que las facultades excepcionales solo pueden ser utilizadas cuando *“circunstancia extraordinarias”* hagan imposible el mantenimiento de la normalidad institucional a través de los poderes ordinarios del Estado<sup>337</sup>.

En este sentido, cuando la Corte Constitucional se ha referido al carácter sobreviniente de los hechos, lo ha asimilado a lo *novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible*<sup>338</sup>. Al respecto, al analizar el requisito de sobreviniencia en el caso de la declaratoria de emergencia por la crisis financiera de finales de los noventa, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

*“El hecho sobreviniente que habilita al Presidente para apelar a las facultades especiales que se derivan de la declaración de emergencia, no puede, en consecuencia, ser de cualquier naturaleza. Desde distintos aspectos la Constitución Política y la ley estatutaria, lo califican. En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de emergencia puede, en este sentido, autorizar al Ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos”.*

*Se comprende que solo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al [...] estado de emergencia”*<sup>339</sup>.

336 Sentencia C-216 de 2011.

337 Sentencia C-251 de 2010: “...de la interpretación sistemática de los artículos 215 superior y 2º de la LEE, se observa que los hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia deben tener una doble calificación, esto es, de sobrevinientes y extraordinarios”.

338 Sentencia C-252 de 2010.

339 Sentencia C-122 de 1997.

De este modo el requisito de sobreviniencia exige que los hechos invocados tengan un carácter repentino, inesperado, imprevisto, anormal o extraordinario<sup>340</sup>. Así, los hechos que dan lugar al estado de emergencia “*deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales*”<sup>341</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha advertido sobre la imposibilidad de acudir al estado de emergencia para afrontar problemas *crónicos y estructurales*:

*“Una tradición jurisprudencial que se remonta a la Corte Suprema de Justicia ha considerado improcedente el empleo de los estados de excepción para remediar problemas crónicos o estructurales. Además, la simple invocación de un problema estructural no faculta proceder a declarar el estado de emergencia porque el propósito de la democracia, en la cual la participación ciudadana reviste vital importancia, está en abordar, evaluar y remediar los problemas que de tiempo atrás afligen al país, y que por distintas causas han alcanzado el carácter de crónicos por la ausencia de una voluntad y solidaridad mínima que busque ponerles fin”*<sup>342</sup> (se resalta).

Lo anterior obliga a verificar entonces en el caso analizado que los hechos invocados sean imprevistos y se aparten de lo común o natural<sup>343</sup>, de modo que no correspondan “*a situaciones ordinarias, crónicas o estructurales, de ocurrencia normal y previsible*”.<sup>344</sup>

Cabe advertir sin embargo, que lo anterior no significa en modo alguno que los problemas crónicos y estructurales que enfrenta el país “*deban quedar huérfanos de consideración por parte de las autoridades*”, pues es obligación del Estado atenderlos y resolverlos a través de las potestades ordinarias de regulación e intervención que confiere la Constitución<sup>345</sup>.

Y también debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha aclarado que la agudización de problemas estructurales, así estos obedezcan a una compleja patología y deban resolverse por los medios ordinarios de la democracia, “*pueden no obstante manifestarse como perturbadoras del orden económico y social*”<sup>346</sup>, por lo que “**la agravación rápida e inusitada**” de un fenómeno estructural ya existente “**puede tener el carácter de sobreviniente y extraordinario, por ocurrir de manera inopinada y anormal**”<sup>347</sup>.

340 Sentencia C-670 de 2015.

341 Sentencia C-216 de 1999, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

342 Sentencia C-252 de 2010. Ver también Sentencia C-122 de 1997: “La abundancia y gravedad de los problemas estructurales que gravitan sobre la sociedad colombiana es tal que, con razón, se ha denominado la actual situación, que es la misma del pasado reciente, “anormalidad-normal”. No obstante esa calificación, la mera invocación de un problema estructural, no autoriza la declaración de un estado de excepción, ni que el país entre a ser gobernado de manera ininterrumpida a través de decretos legislativos. Este sería el fin de la democracia. En esta hora, por el contrario, el sentido de la democracia no es otro distinto que el de resolver en su seno los problemas que de tiempo atrás agobian al país y que, por diversos motivos, han adquirido el signo de crónicos y estructurales, no porque lo sean de manera irredimible, sino por falta de una voluntad y una solidaridad mínima para emprender decididamente la senda que lleve a ponerles término”.

343 Sentencia C-135 de 2009.

344 Sentencia C-670 de 2015.

345 Sentencia C-122 de 1997.

346 Sentencia C-122 de 1997.

347 Ver Sentencias C-135 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015.



Por todo lo anterior, frente a la exigencia constitucional de sobrevivencia, la Sala recomienda al Gobierno nacional revisar si la crisis social y económica que enfrenta el Sistema Penitenciario y Carcelario obedece a situaciones imprevistas y extraordinarias o si a pesar de corresponder a problemas estructurales y crónicos, estos presentan una agravación anormal, rápida e inusitada que no puede afrontarse a través de las competencias ordinarias que establecen la Constitución y la ley. Solo si verifica alguna de estas hipótesis sería procedente acudir al artículo 215 Superior.

### 3.2. Presupuesto valorativo

En este presupuesto se debe verificar la gravedad de la afectación al orden económico social y ecológico y la imposibilidad de afrontar la crisis con los mecanismos normativos ordinarios que establece la Constitución. A diferencia del presupuesto fáctico, el presupuesto valorativo no está sometido a un examen objetivo sino de razonabilidad y proporcionalidad<sup>348</sup>, tal como pasa a revisarse.

#### - Juicio de gravedad de la afectación

El artículo 215 de la Constitución Política Superior exige que los hechos que motivan la declaratoria de un estado de emergencia constituyan una perturbación o amenaza de perturbación **grave** del orden social, económico o ecológico en todo o en parte del territorio nacional. Por tanto, la verificación que debe hacerse en este punto sobre la procedencia de la declaratoria de emergencia no recae sobre los hechos que producen la alteración del orden público (presupuesto fáctico), *“sino sobre sus efectos, impactos y consecuencias en la sociedad colombiana en términos económicos, sociales o ecológicos”*<sup>349</sup>.

Según la jurisprudencia el parámetro para determinar la *gravedad de la situación* es el grado de afectación de los derechos de las personas, de modo que solo frente a perturbaciones de gran intensidad a tales derechos es posible acudir al estado de emergencia:

*“[L]os parámetros de medición de la perturbación y la calamidad pública o la amenaza de ellas son los derechos, específicamente, los derechos fundamentales, económicos, sociales y ambientales de los habitantes del país. La gravedad de la perturbación actual o eventual depende del alto grado de afectación de estos derechos subjetivos. Puede ser grande la magnitud o intensidad de unos hechos capaces de generar perturbaciones en el orden social; pero mientras su impacto en el goce de los derechos de la población no sea significativo, no podrá hablarse de una perturbación grave que amerite la declaración de la Emergencia. Así, el ‘juicio de gravedad’ de la perturbación o la calamidad pública -o de la amenaza de ella- ha de expresarse en **la afectación significativa de los derechos a la vida, la integridad física, la subsistencia digna, al trabajo, la propiedad, la salud, la educación, la movilidad y circulación, el ambiente sano, etc.**”*<sup>350</sup>. (Paréntesis fuera de texto, se resalta).

348 Entre otras, Sentencias C-802 de 2002, C-216 de 2011 y C-670 de 2015.

349 Sentencia C-670 de 2015.

350 Sentencia C-156 de 2011, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

Lo anterior es especialmente importante en el caso analizado, pues comporta para el Gobierno nacional el deber de tener en cuenta el estado de los derechos de las personas privadas de la libertad y el grado de vulneración de sus necesidades fundamentales.

Asimismo, los hechos generadores del estado de emergencia, a más de ser graves, deben tener la capacidad de transgredir de manera inminente el orden económico, social o ecológico, esto es, “*debe tener la virtualidad de atentar, de poner en serio peligro, de amenazar, de generar un riesgo para esos ámbitos de protección*”<sup>351</sup>. Por tanto, los hechos que se invoquen deben representar “*un riesgo efectivo que puede materializarse en cualquier momento, de un peligro potenciado por su inmediatez temporal*”<sup>352</sup>.

Ahora bien, a diferencia de los elementos fácticos de la declaratoria, sobre los que recae una verificación objetiva, *el juicio de gravedad de la afectación* es subjetivo e implica una valoración por parte del Presidente de la República de las circunstancias y de su impacto sobre el orden público, económico y social:

“Se trata de un ‘juicio valorativo’ porque la apreciación de la gravedad de una perturbación no consiste en la mera aproximación a los hechos. Presupone: (i) un concepto establecido de orden público económico, social y ecológico, a partir de la preexistencia de un orden jurídico determinado; y (ii) unas valoraciones históricas sobre el criterio de normalidad y anormalidad propio de la vida social en un tiempo y un lugar determinado. Y supone una definición sobre el nivel de bienestar y atención de que debe gozar la población, para efectos del diseño de medidas que deban adoptarse a través de los poderes de excepción (...) Cuando el Gobierno decreta un Estado de Emergencia, debe contar “con las exigencias y necesidades de la comunidad, [que] lo colocan en una posición privilegiada para determinar el advenimiento de la anormalidad y la adopción de las medidas idóneas para su conjuración”<sup>1291</sup>. Esta valoración es indispensable para responderle a la sociedad ante la sobreviniencia de hechos generadores de perturbaciones del orden social”<sup>353</sup>.

Si bien lo anterior supone que el Presidente de la República cuenta con un margen de apreciación (discrecionalidad política) sobre la gravedad de los hechos que originan la declaratoria de emergencia<sup>354</sup>, esto no significa que su decisión pueda ser irrazonable o desproporcional, pues “*tal potestad, en un Estado de Derecho, tiene los límites propios de la función pública: la inadmisibilidad de la actuación arbitraria o contraevidente*”<sup>355</sup>. En este sentido, la apreciación sobre la gravedad de los hechos generadores del estado de emergencia también es susceptible de control de constitucionalidad a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad y de error manifiesto de apreciación:

351 Sentencia C-802 de 2002.

352 *Ibidem*.

353 Sentencia C-670 de 2015.

354 Sentencia C-802 de 2002. Igualmente Sentencia C-156 de 2011: “El entendimiento del ‘juicio de gravedad’ de la perturbación actual o inminente del orden económico, social o ecológico, como un examen con un alto componente valorativo, tiene una consecuencia central: la admisión de un margen importante de apreciación de tal gravedad, en cabeza de la autoridad pública, que dispone de la información necesaria para evaluar la dimensión de la perturbación, encargada de velar por la vigencia del orden económico, social y ecológico y la protección de los derechos de todos los habitantes, vale decir, el Jefe del Ejecutivo nacional”.

355 Sentencia C-156 de 2011.

*“A pesar de tratarse de un presupuesto valorativo, ello no impide que la valoración pueda ser objeto de un juicio objetivo que permita determinar si fue arbitraria o fruto de un error manifiesto. Es decir, el hecho que se trate de un presupuesto valorativo no impide su ponderación a partir de las implicaciones objetivas del presupuesto fáctico que generó la declaratoria y de las necesidades de protección que demande el orden económico, social o ecológico. Bajo este marco, el presupuesto valorativo del estado de emergencia da lugar a que juez constitucional realice un juicio objetivo de ponderación con el objeto de determinar si la valoración realizada por el Presidente de la República de la gravedad de los hechos es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación”<sup>356</sup>.*

En virtud de lo anterior, para superar este *juicio de gravedad* en el asunto consultado, la Sala recomienda al Gobierno nacional hacer una apreciación razonada de los hechos que a su juicio pudieran determinar la eventual declaración de emergencia, con el fin de establecer (i) su gravedad y (ii) el grado de afectación que producen sobre el orden económico, social o ecológico del Sistema Penitenciario y Carcelario. Si la afectación es grave y pone en peligro la estabilidad económica, social o ecológica de la ciudad, el requisito constitucional se entenderá cumplido.

#### **- Juicio de insuficiencia de las atribuciones ordinarias y de la necesidad de medidas extraordinarias**

Si bien la Constitución Política no establece como requisito de procedibilidad de la emergencia social, económica y ecológica o por grave calamidad pública, que se verifique la insuficiencia de las atribuciones ordinarias del Estado, la jurisprudencia constitucional ha derivado dicha exigencia de los principios de necesidad (artículo 11) y proporcionalidad (artículo 13) de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción<sup>357</sup>.

En este sentido, el juicio de necesidad, o también llamado por la jurisprudencia *test de subsidiariedad*, corresponde a la determinación de si *“las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis, y por ende se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción constitucional”<sup>358</sup>.*

De este modo, solo se puede acudir al estado de emergencia *“cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave perturbación”<sup>359</sup>* o, lo que es igual, cuando está acreditada *“la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, descartando que un criterio de eficacia pueda anteponerse al mismo”<sup>360</sup>.*

356 Sentencia C-135 de 2009. Ver también Sentencia C-802 de 2002: “En otros términos: El compromiso jurídico del Presidente de la República en punto de la apreciación de la alteración del orden público es no forzar la naturaleza del presupuesto fáctico para atribuirle implicaciones que no tiene. Por ello, la determinación de si esa apreciación es arbitraria o de si en ella se incurrió en error manifiesto es la herramienta metodológica que debe utilizar el juez constitucional para determinar si el presupuesto valorativo de la declaratoria del estado de excepción concurre y si en razón de él tal declaratoria es compatible con la Carta Política”.

357 Sentencias C-254 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015, entre otras.

358 Sentencia C-670 de 2015.

359 Sentencia C-135 de 2009.

360 Sentencia C-252 de 2010.

Según la jurisprudencia este *test de subsidiariedad* se debe aplicar en tres fases que la Sala recomienda seguir por el Gobierno nacional en el asunto consultado: (i) verificar la existencia de medidas ordinarias; (ii) establecer si dichas medidas fueron utilizadas por el Estado; y (iii) determinar la insuficiencia de estas medidas para superar la crisis.<sup>361</sup> Además, al igual que sucede con el juicio de gravedad, el *juicio de necesidad o test de subsidiariedad* también comporta una prohibición de arbitrariedad y desproporcionalidad, en la medida en que el margen de apreciación presidencial sobre la suficiencia de los medios ordinarios y la necesidad de acudir a potestades extraordinaria no es absoluto ni está por fuera del marco de la Constitución:

*“El test de subsidiariedad se configura en las sentencias C-122 de 1999 y C-216 de 1999. Posteriormente, en la sentencia C-135 de 2009, este elemento material del análisis de las declaratorias pasa a denominarse “juicio de suficiencia de los poderes ordinarios de las autoridades estatales” pero sustancialmente sigue consistiendo en la verificación de la inexistencia de mecanismos ordinarios para hacerle frente a la situación que genera la perturbación o la amenaza. El juicio de suficiencia ha seguido aplicándose en todas las sentencias que analizan declaratorias de emergencia, incluidas las más recientes (C-254 de 2009, C-252 de 2009 y C-843 de 2010). Gracias a lo anterior, hay consenso frente al desarrollo del control del requisito de subsidiariedad, partiendo del punto de reconocer que la valoración de la suficiencia o insuficiencia de los mecanismos ordinarios al alcance del Estado le corresponde por al Presidente de la República. Dicha valoración, sin embargo y como ocurre con otros requisitos materiales, no puede ser absoluta ni arbitraria, ‘ya que debe sujetarse al marco normativo de los estados de excepción, conformado por la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción’<sup>362,363</sup>.*

Por tanto, en el asunto consultado, para determinar la posibilidad de declarar el estado de emergencia económica, social o ecológica en el Sistema Penitenciario y Carcelario, la Sala recomienda al Gobierno nacional estudiar también hasta qué punto las soluciones que se plantean a través del estado de emergencia no son superables mediante el uso de las herramientas jurídicas ordinarias a su disposición. Solamente si se concluye que los medios ordinarios se encuentran agotados y que el uso de potestades extraordinarias se torna imperioso, el requisito de necesidad estaría cumplido.

En conclusión, y por las razones expuestas en las consideraciones previas sobre la orden de la Corte para plantear una solución integral a la violación de los derechos fundamentales en los centros de reclusión, y ante los supuestos fácticos presentados, relacionados exclusivamente con el Estudio Técnico que plantea el aumento de la planta de personal del Inpec, la Sala no encuentra que estén acreditados los requisitos y presupuestos materiales y formales previstos en la Constitución para la declaratoria del estado de emergencia económica y social o por lo menos no se evidencian en los documentos aportados y la información suministrada con la consulta. No obstante, cuando el Gobierno tenga estructurada la solución integral que demanda la Corte, deberá realizar los juicios de los

361 Sentencia C-156 de 2011, reiterada en Sentencia C-670 de 2015.

362 Sentencia C-135 de 2009.

363 Sentencia C-156 de 2011. Ver igualmente Sentencia C-670 de 2015.

presupuestos fáctico y valorativo y determinar si se cumplen los requisitos para la declaratoria del estado de emergencia económica y social.

## **b. Alternativas frente a la restricción establecida por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000**

### **1) La interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000**

La Ley 617 del 6 de octubre de 2000, *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*, dispone en el artículo 92 lo siguiente:

**“Artículo 92. Control a gastos de personal.** Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales”.

El artículo 92 es norma orgánica de presupuesto, de conformidad con el artículo 95 de la ley.

La Corte Constitucional, mediante el numeral Tercero de la parte resolutive de la Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001, declaró exequibles las normas orgánicas comprendidas en la enumeración del artículo 95, *“por las razones expuestas en la parte motiva y exclusivamente por el cargo de violación de los requisitos constitucionales para la aprobación de leyes orgánicas”*.

Sostuvo la Corte que dentro de una ley puede haber normas ordinarias y normas orgánicas, siempre y cuando estas últimas hayan sido aprobadas por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara, conforme lo exige el artículo 151 de la Constitución. Manifestó la Corte lo siguiente:

*“Una ley puede contener normas orgánicas y normas ordinarias siempre que atienda cuatro condiciones esenciales: 1ª. El respeto al principio de unidad de materia; 2ª. Que se cumplan los principios constitucionales generales que regulan el proceso legislativo, 3ª. Que se aplique el criterio de especialidad en la reserva de ley orgánica y, por lo tanto, puedan coexistir temas de leyes orgánicas siempre y cuando exista conexidad razonable entre ellos y no se presente una separación rígida en los temas regulados, y 4ª. Que la aprobación de las materias de ley orgánica se haga en cumplimiento de los requisitos especiales consagrados en el artículo 151 de la Constitución Política. (...)*

*Las leyes orgánicas, además de cumplir las normas generales sobre el proceso legislativo, deben reunir cuatro condiciones o requisitos especiales que las diferencian de la legislación ordinaria: el fin de la ley, su contenido o aspecto material, la votación mínima aprobatoria y propósito del legislador al tramitar y aprobar el respectivo proyecto”*.

En síntesis, el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 tiene el carácter de norma orgánica de presupuesto.

Ahora bien, se observa que la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el oficio dirigido al Ministro de Justicia y del Derecho y al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec)<sup>364</sup>, le da una interpretación al artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que la limitación del crecimiento anual de los gastos de personal se refiere únicamente a la entidad que solicita la viabilidad presupuestal.

En efecto, en dicho oficio la Dirección General del Presupuesto Público Nacional hizo el siguiente análisis sobre la planta de personal del Inpec y la gradualidad propuesta para su incremento:

*“El costo a precios 2017 de la planta actual de 15.795 cargos es de \$781 mil millones y el monto máximo de crecimiento permitido es de \$740 mil millones, lo cual se explica porque en el año 2015, que se toma de base para el cálculo, es bajo porque no se tenían provistos la totalidad de los cargos en la entidad.*

*Consecuente con esta restricción los gastos de personal para la vigencia 2017 se programaron con base en el costo efectivo de la nómina certificada a febrero de 2016, es decir, el costo de los cargos realmente ocupados a esa fecha, ajustado con la inflación esperada para 2016.*

Ahora bien, la propuesta de modificación de planta con implementación gradual a largo plazo, para pasar de 15.795 cargos a 32.315, en diez (10) años, según la información suministrada, tiene la siguiente gradualidad:

Nivel	2016 Actual	Número de cargos: Gradualidad propuesta										Total modificación	Total cargos
		2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026		
Administrativos	2.047	673	643	666	696	641	638	667	666	745		6.770	9.717
Directivo	241	12	0	0	0	0	0	0	0	0	0	11	259
Asesor	8	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	2	10
Profesional	967	357	366	355	356	364	354	352	352	354	361	3.571	4.538
Técnico	812	191	184	212	219	221	225	256	260	275	275	2.318	3.130
Asistencial	819	113	93	99	61	56	59	59	54	135	138	867	1.785
Personal de Guardia	12.640	1.320	1.321	1.316	1.336	1.225	1.215	814	814	314	276	9.750	22.538
Dragoneantes	11.320	1.200	1.200	1.100	1.120	1.110	1.100	700	700	200	175	8.605	19.925
Resto	1.528	120	121	116	116	115	125	114	114	114	100	1.345	2.673
<b>TOTAL</b>	<b>15.795</b>	<b>1.993</b>	<b>1.864</b>	<b>1.882</b>	<b>1.872</b>	<b>1.868</b>	<b>1.853</b>	<b>1.481</b>	<b>1.460</b>	<b>1.079</b>	<b>1.050</b>	<b>16.520</b>	<b>32.315</b>

Con un costo anual por todo concepto que pasa de \$723 mil millones a \$1.479 mil millones a precios 2016, así:

Costo anual de la gradualidad propuesta  
Miles de millones constantes de 2016

Niveles	2016 Actual	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	Total
Administrativos	121.1	31.0	28.5	29.0	28.4	29.0	28.4	28.5	29.5	29.5	32.7	429.2
Directivo	19.8	1.5	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	21.2
Asesor	1.1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.1	0.1	1.4
Profesional	46.2	19.7	18.5	18.8	19.0	19.6	18.9	18.8	18.8	18.8	19.2	237.4
Técnico	26.7	6.8	6.4	7.3	7.6	7.7	7.9	9.0	9.2	9.7	9.7	107.9
Asistencial	27.2	3.2	2.7	2.8	1.7	1.6	1.7	1.7	1.6	3.9	4.0	52.2
Personal de Guardia	601.7	61.7	61.8	56.9	57.8	57.3	56.9	38.2	38.2	15.0	13.1	1058.6
Dragoneantes	526.3	55.8	55.8	51.1	52.1	51.6	51.1	32.5	32.5	8.3	8.1	926.3
Resto	75.4	5.9	6.0	5.8	5.8	5.7	5.7	5.7	5.7	5.7	4.9	132.3
<b>TOTAL</b>	<b>722.8</b>	<b>97.7</b>	<b>90.4</b>	<b>85.8</b>	<b>86.3</b>	<b>86.3</b>	<b>85.3</b>	<b>67.7</b>	<b>67.7</b>	<b>47.6</b>	<b>46.1</b>	<b>1478.8</b>

364 Oficio No. EXT16-0038419 del 4 de octubre de 2016, por medio del cual la Dirección General de Presupuesto Público Nacional manifiesta que no es posible “expedir viabilidad presupuestal a la modificación de la planta de personal del Inpec, para crear 16.520 cargos a nivel Nacional, con la gradualidad propuesta”.

*Es decir, que a precios de 2016 se requiere para los primeros seis (6) años, desde 2017, un promedio de \$90 mil millones anuales adicionales, para los dos (2) años siguientes \$70 mil millones y para los dos (2) años finales \$50 mil millones. Lo anterior sin considerar el impacto en los gastos generales los cuales fueron previstos por la entidad en la suma de \$160 mil millones para toda la planta propuesta”.*

La Sala respeta la interpretación anterior, pero disiente de ella, por cuanto considera que la norma del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 tiene otro alcance, el cual es el siguiente:

1. La interpretación de la norma corresponde a que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no se refiere a cada entidad, sino al promedio del crecimiento anual de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, ya que emplea la expresión “*promedio*”, lo cual significa necesariamente que no se refiere a una entidad sino a todas. Se debe entender que al mencionar la expresión “*entidades públicas nacionales*”, está aludiendo a todas las que hacen parte del Presupuesto General de la Nación<sup>365</sup>.
2. Los gastos a que se refiere la norma, “*deben interpretarse como apropiaciones presupuestales*”, conforme lo estableció el Concepto No. 1437 del 11 de abril de 2001 emitido por el Director General del Presupuesto Nacional. Se entiende que las apropiaciones “*son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva*”, de conformidad con el artículo 89 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto. Por consiguiente, el cálculo para determinar los gastos de personal debe realizarse sobre las apropiaciones incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, como lo expresa el citado Concepto, y no sería entonces sobre la ejecución presupuestal.

Cabe anotar que dicho Concepto se encuentra vigente en la medida en que no ha sido modificado o derogado<sup>366</sup>.

En consecuencia, una alternativa sería aplicar este concepto e interpretación, con la finalidad de obtener la viabilidad presupuestal para el incremento de la planta de personal propuesto por el Inpec, de conformidad con la gradualidad planteada por este.

365 Aun que se relaciona con los gastos generales, no los gastos de personal, existe un antecedente de rango constitucional, de que las medidas de restricción de gastos no se refieren a entidad por entidad sino al conjunto de entidades públicas del presupuesto general de la Nación, que es donde se aprecia el efecto de la medida de reducción en el gasto público nacional. Es el Parágrafo Transitorio del artículo 347 de la Constitución, incorporado por el Acto Legislativo No. 1 de 2001, el cual estableció lo siguiente:

**“Parágrafo transitorio. Adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2001.** Durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuesto para gastos generales, diferentes de los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa, servicios personales, al Sistema General de Participaciones y a otras transferencias que señale la ley, no podrá incrementarse de un año a otro, en un porcentaje superior al de la tasa de inflación causada para cada uno de ellos, más el uno punto cinco por ciento (1.5%).

La restricción al monto de las apropiaciones, no se aplicará a las necesarias para atender gastos decretados con las facultades de los Estados de Excepción”.

366 El Director General del Presupuesto Público Nacional tiene la facultad de emitir conceptos jurídicos ante requerimiento o solicitud. En efecto, el Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público*”, en su artículo 28 previó lo siguiente:

**“Artículo 28. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. <Artículo modificado por el artículo 6 del Decreto 2384 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:>** Son funciones de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional las siguientes: (...)”

22. Emitir los conceptos jurídicos que le sean requeridos y atender los asuntos legales relacionados con las funciones asignadas a la dependencia, en coordinación con la Oficina Asesora de Jurídica, cuando así se requiera. (...)”  
Cabe anotar que esta norma no fue incorporada al Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público*”, porque no se trata de una norma reglamentaria sino de una referente a funciones.

## 2) La modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000

Como se indicó, el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 establece lo siguiente:

**“Artículo 92. Control a gastos de personal.** Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales”.

Esta norma tuvo su efecto en la racionalización del gasto público nacional, en la medida en que limitó el crecimiento de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, pero data del año 2000 y se observa que luego de 17 años de aplicación, amerita una modificación que esté acorde con la realidad actual de la Administración Pública del país, y permita que las entidades desarrollen nuevos planes y programas y asuman nuevas competencias y funciones, de manera que para cumplirlas a cabalidad, puedan crecer también en relación con sus gastos de personal.

Se trata, como quedó dicho, de una norma orgánica de presupuesto y por consiguiente, tendría que ser modificada por una norma de igual rango legal, conforme lo establece el artículo 151 de la Constitución.

Precisamente, la Sala constata que en el pasado se han expedido normas legales que han modificado o suspendido en algunos aspectos el alcance del citado artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Es así como, por ejemplo, la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*”, es decir, el anterior al actual, estableció en el artículo 255 que durante los dos primeros años de vigencia de la ley, no se aplicaba la restricción presupuestal del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 a las entidades públicas nacionales. Dispuso esta norma lo siguiente:

**“Artículo 255. Restricción a los gastos de personal.** Durante los dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley<sup>367</sup> y para dar cumplimiento al presente Plan Nacional de Desarrollo, se exceptúan a (sic) las Entidades Públicas Nacionales de la aplicación de las restricciones previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 en el crecimiento de los gastos de personal”.

De igual manera, el artículo 367 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016, “*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*”, estableció lo siguiente:

367 El artículo 276 dispuso que la Ley 1450 de 2011 entraba a regir a partir de la fecha de su publicación, la cual ocurrió el 16 de junio de 2011 (*Diario Oficial* No. 48.102).



**“Artículo 367.** *La restricción en el crecimiento de los gastos de personal a que refiere el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no le será aplicable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para el año 2017, para efectos de la modificación de la planta global de empleos”.*

En consecuencia, la Sala considera necesario que se analice la modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, para adecuarla a situaciones excepcionales de la Administración Pública, con los controles y requisitos que el Gobierno nacional y el Congreso estimen pertinentes.

Para el caso específico, la modificación podría ser similar a la excepción contenida en el citado artículo 367 de la Ley 1819 de 2016 de la reforma tributaria, respecto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y para la vigencia de 2017 en cuanto a los límites temporales. En este sentido, podría analizarse una vigencia temporal de excepción aplicable al Inpec o por lo menos para atender una solución inmediata en cuanto a las necesidades de personal y con los requisitos de la ley orgánica.

### **3) La integralidad de un programa de inversión para superar el Estado de Cosas Inconstitucional, con inclusión del aumento de la planta de personal del Inpec**

Como se aprecia en las Sentencias de tutela T-388 de 2013, T-195 de 2015 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, hay un gran número de acciones que debe emprender el Inpec que constituyen en realidad, inversiones en el Sistema Penitenciario y Carcelario, de manera que el aumento de la planta de personal se podría considerar un componente de tales inversiones, en la medida en que estas requieren para su correcta ejecución, contar con el suficiente personal de custodia y vigilancia del Instituto. Al plantearse de esta forma, no se presentaría la restricción que establece el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Sería una aplicación del principio de programación integral que establece el artículo 17 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, en los siguientes términos:

**“Artículo 17. Programación integral.** *Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.*

**Parágrafo.** *El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución (L. 38/89, art. 13)”.*

Por otra parte, el Decreto 2170 del 27 de diciembre de 2016, sobre la liquidación del presupuesto para la vigencia fiscal de 2017, en las disposiciones generales, define los gastos de inversión en los siguientes términos:

**“C. INVERSIÓN.** *Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que tengan cuerpo de 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. Asimismo, aquellos gastos destinados a crear infraestructura social.*

*La característica fundamental de este gasto debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social.*

*Las inversiones que estén financiadas con recursos del crédito externo, para poder ejecutarse, deberán tener el recurso incorporado en el Presupuesto, tener aprobación de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y someterse a los procedimientos de contratación administrativa”.*

La alternativa que se propone a la consideración y ponderación del señor Ministro de Justicia y del Derecho, sería la de establecer un programa de inversión en el próximo Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se contemplara el conjunto de medidas necesarias para superar el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, declarado por la Corte Constitucional, en el cual se contemple el aumento gradual de la planta de personal del Inpec.

Dicho aumento respondería a lo planteado por la consulta en el sentido de que “de acuerdo con el programa de generación de cupos 2017 de la Uspec, entre el año 2017 y 2018 se proyecta la entrega de 4080 cupos carcelarios a nivel nacional”; por cuanto que si hay proyecciones de construcción de nuevos establecimientos de reclusión y de establecer más cupos carcelarios, se requiere que tal inversión venga acompañada de los recursos para los gastos de funcionamiento necesarios para cumplir las funciones de custodia y vigilancia de los reclusos.

Conviene señalar que esta solución sería transitoria, en la medida en que los gastos de funcionamiento inherentes al programa de inversión se mantienen mientras se encuentre vigente este programa, de acuerdo con el alcance del mismo, según las etapas que se le hayan fijado. Así por ejemplo, el programa de inversión para la construcción de centros de reclusión.

### **c) Alternativas para la obtención de recursos presupuestales destinados a la solución del Estado de Cosas Inconstitucional, incluido el aumento de la planta de personal del Inpec**

#### **1) La adición presupuestal por medio del Congreso**

El artículo 79 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”, establece lo siguiente:

**“Artículo 79.** Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación seriere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se

*pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38 de 1989, art. 65):*

Como se aprecia, esta norma prevé las adiciones presupuestales con el fin, entre otros, de aumentar el monto de las apropiaciones insuficientes para determinado organismo o entidad. Una alternativa que se podría considerar sería incorporar un artículo que estableciera el aumento de la apropiación necesaria para incrementar la planta de personal del Inpec en la proporción requerida para el presente año 2017, según la gradualidad propuesta por el Inpec, de acuerdo con el Estudio Técnico de Fortalecimiento de la Planta de Personal del Inpec, en el proyecto de ley Nos. 243 de 2017, Cámara y 223 de 2017, Senado, *“Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017”*.

Este proyecto cursa actualmente en el Congreso de la República (*Gaceta del Congreso* No. 195 del 30 de marzo de 2017) y respecto de él ya se presentó ponencia para primer debate y fue aprobado por las Comisiones Económicas Conjuntas (Terceras y Cuartas) del Senado de la República y de la Cámara de Representantes (*Gacetas del Congreso* Nos. 340 y 341 del 16 de mayo de 2017 y Nos. 395 y 400 del 26 de mayo de 2017).

La Sala se permite sugerir al Gobierno nacional, si lo considera pertinente, efectuar una revisión de la norma del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, pues se observa que no tiene ninguna flexibilidad y no armoniza con las situaciones excepcionales que se puedan presentar. Como se ha analizado en este concepto, frena el desarrollo de algunas entidades públicas y se hace más difícil una solución a necesidades inmediatas de gastos de personal, surgida de situaciones excepcionales.

## **2) La creación de un Fondo Cuenta**

Otra alternativa que se expone a la consideración y valoración del señor Ministro de Justicia y del Derecho, es la posibilidad de crear mediante ley, un Fondo Cuenta, adscrito al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), sin personería jurídica ni planta de personal propia, manejado como un patrimonio autónomo, destinado a asumir los costos de las medidas ordenadas por la Corte Constitucional para superar el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país, y por ende, ir realizando un aumento gradual de la planta de personal del Inpec con observancia de la limitación establecida por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Resulta oportuno anotar que el artículo 11 del Decreto 111 de 1996 incluye como componente del Presupuesto General de la Nación, en el presupuesto de rentas, los fondos especiales, y el artículo 30 del mismo decreto, los define de la siguiente forma:

**“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 de 1995, art. 27)”*. (Destaca la Sala).

Ahora bien, el Fondo Cuenta del Inpec podría recibir transferencias de la Nación, según la ley que lo creara.

Como se mencionó en el acápite A. 2., de las consideraciones de este concepto, en materia presupuestal, los gastos de funcionamiento se clasifican en gastos de personal, gastos generales, transferencias corrientes, transferencias de capital y gastos de comercialización y producción, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 2170 del 27 de diciembre de 2016, “*Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos*”. El mismo artículo 41 define las transferencias en los siguientes términos:

### **“3. TRANSFERENCIAS CORRIENTES**

*Son recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales o internacionales, públicas o privadas, **con fundamento en un mandato legal.** De igual forma, involucra las apropiaciones destinadas a la previsión y seguridad social, cuando el órgano asume directamente la atención de la misma, La Dirección General del Presupuesto Público Nacional definirá en el Plan de Cuentas la desagregación a que haya lugar.*

### **4. TRANSFERENCIAS DE CAPITAL**

*Corresponde a aportes a órganos y entidades para gastos de capital y la capitalización del ente receptor”.* (Destaca la Sala).

Como se advierte, se requeriría un mandato legal para que la Nación y otros órganos efectuaran transferencias de recursos al mencionado Fondo.

Ahora bien, dicho Fondo Cuenta recibiría tales transferencias excepcionales y podría destinar una parte de estas a la atención de gastos de personal del Inpec, conforme se hubiera determinado en su ley de creación. Le correspondería al Gobierno nacional determinar la viabilidad de la creación de un Fondo Cuenta, en los términos citados, en la medida en que exista un mandato legal, como requisito exigido por la norma, y con el grado de jerarquía suficiente, para utilizar los recursos propios de las transferencias corrientes, teniendo en cuenta además los antecedentes que existan sobre esta clase de fondos.

La Sala desea resaltar que el Fondo Cuenta del Inpec, en el evento en que se creara, estaría sujeto a los controles establecidos por la Constitución y la ley para esta clase de fondos públicos y los patrimonios autónomos, con la finalidad de asegurar un correcto y adecuado manejo de los recursos, además de tener el control administrativo o de tutela ejercido por el Ministro de Justicia y del Derecho, conforme al artículo 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

### **3) La utilización de los recursos del Fondo de Compensación Interministerial (artículo 87 del Estatuto Orgánico del Presupuesto)**

Tal como se mencionó en el acápite A.4 de las consideraciones de este concepto, el artículo 70 de la Ley 38 de 1989, compilado posteriormente en el artículo 87 del Decreto

111 de 1996, creó el Fondo de Compensación Interministerial, como un mecanismo para superar faltantes en el presupuesto de gastos de funcionamiento de las entidades, órganos y organismos que forman parte del Presupuesto General de la Nación, ocasionados por situaciones de “excepcional urgencia”.

Conforme a la interpretación dada a dicha norma y a los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2001, así como al desarrollo normativo realizado por el Congreso de la República mediante la Ley 718 de 2001, es claro que el Fondo de Compensación Interministerial es un mecanismo de **ejecución** presupuestal, del cual puede hacerse uso cuando se presente una situación que cumpla, simultáneamente, con los siguientes requisitos:

Que se registren faltantes en las apropiaciones incluidas previamente en la ley de presupuesto para cubrir gastos de funcionamiento durante una determinada vigencia fiscal.

Que tales faltantes hayan sido ocasionados por circunstancias calificadas como de excepcional urgencia por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros, las cuales, a su vez, deben obedecer a hechos sobrevinientes e imprevistos.

Con respecto al primer requisito, vale la pena aclarar que el faltante se refiere, a nuestro juicio, a la insuficiencia o el déficit entre la suma de dinero apropiada en el presupuesto general de la Nación para cubrir los gastos de funcionamiento de una determinada entidad, órgano u organismo, en todos o en cualquiera de sus componentes (gastos de personal, gastos generales etc.), y la cantidad que se requiera para que dicha entidad, órgano u organismo opere **normalmente**, cumpliendo las funciones que la constitución, la ley y los decretos presidenciales le hayan asignado.

Se aclara lo anterior, porque podría pensarse que, por ejemplo, si una determinada entidad tiene asignado en su presupuesto de gastos de funcionamiento, para el rubro de “gastos de personal”, la suma justa de dinero para pagar, durante el respectivo año fiscal, los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y demás obligaciones laborales de los empleados que conforman en ese momento su planta de personal, no tendría, entonces, un faltante en sus gastos de funcionamiento, por lo cual no podría solicitar recursos del Fondo de Compensación Interministerial.

Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resultaría muy estrecha y no permitiría acudir, casi nunca, a dicho mecanismo de ejecución presupuestal, pues los presupuestos de gastos de funcionamiento de las entidades públicas se elaboran teniendo en cuenta su planta de personal actual y las demás condiciones actuales de funcionamiento (sedes, provisiones ordinarias, costos de servicios públicos domiciliarios etc.), lo que hace factible calcular, de forma casi exacta, los gastos de funcionamiento en que va a incurrir, si todas las condiciones que se tuvieron en cuenta se mantuvieran iguales.

Pero, ¿qué sucede cuando, durante el respectivo período fiscal, resulta evidente que la planta de personal, o las demás condiciones ordinarias de funcionamiento de la entidad, son claramente insuficientes para cumplir adecuadamente las funciones que la entidad

tiene a su cargo, por algún hecho específico ocurrido durante el respectivo período, o por alguna situación que se haya agravado considerablemente?

La Sala estima que en ese caso también podría hablarse de “*faltantes en gastos de funcionamiento... en apropiaciones incluidas previamente*” en la respectiva ley de presupuesto, como lo exigen el artículo 87 del Decreto 111 de 1996 (con los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional) y el artículo 3° de la Ley 718 de 2001, pues el monto incorporado en las respectivas partidas de gastos de funcionamiento no permitiría que la entidad o el organismo respectivo funcionara adecuadamente y cumpliera los objetivos y funciones que se le hayan asignado.

Las sentencias que se ha comentado, en las que la Corte Constitucional declaró y reiteró el “Estado de Cosas Inconstitucional” en el Sistema Penitenciario y Carcelario, señalan expresamente que una de las causas de esta situación (no la única), es la insuficiencia del personal de guardias y del personal administrativo del Inpec, en relación con la cantidad de sitios de reclusión y, sobretudo, con la cantidad de internos que deben custodiar y atender. En esa medida, dichas providencias judiciales, en conjunto con el estudio técnico elaborado por el Inpec sobre la cantidad de guardias de prisiones y de empleados administrativos que deberían existir para que ese instituto pudiera cumplir con la misión que le ha sido asignada por la ley, respetando los derechos fundamentales de los internos y de los propios guardas, pone de manifiesto que existe un déficit o faltante en la cuantía de gastos incluida en la partida de gastos de funcionamiento del Inpec para el año en curso, específicamente en el rubro de gastos de personal.

Más difícil resulta determinar si se cumple, en el presente caso, el segundo requisito, consistente en que dicho faltante haya sido causado por hechos sobrevinientes e imprevistos ocurridos durante la respectiva vigencia fiscal.

En efecto, dado el carácter crónico y estructural de los hechos que llevaron a la Corte Constitucional a declarar el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, así como las fechas de las sentencias proferidas por la Corte (2013 y 2015), no sería posible considerar que esta crisis constituya, en sí misma, un hecho sobreviniente e imprevisto que haya acaecido durante la presente vigencia fiscal.

No obstante, como también lo ha advertido la Corte Constitucional en la jurisprudencia que ha emitido sobre los estados de excepción y, particularmente, sobre el estado de emergencia económica, la agudización de problemas estructurales, así estos obedezcan a una compleja patología y deban resolverse por los medios ordinarios de la democracia, “*pueden no obstante manifestarse como perturbadoras del orden económico y social*”<sup>368</sup>, por lo que “**la agravación rápida e inusitada**” de un fenómeno estructural ya existente “**puede tener el carácter de sobreviniente y extraordinario, por ocurrir de manera inopinada y anormal**”<sup>369</sup>.

368 “Sentencia C-122 de 1997” [33].

369 “Ver Sentencias C-135 de 2009, C-252 de 2010 y C-670 de 2015” [34].

La información suministrada en la consulta no permite determinar si una circunstancia de esta clase ha ocurrido o no, durante el presente año, en relación con la situación carcelaria y penitenciaria. Sin embargo, le corresponde al Gobierno nacional, con base en la información y en la percepción directa que tenga sobre la evolución de dicha crisis, establecer si se ha presentado un agravamiento tan rápido, inopinado e importante de la situación que permitiera considerarla como un hecho sobreviniente e imprevisto. En este caso, el Presidente de la República y el Consejo de Ministros estarían en condiciones de calificarla como de “excepcional urgencia”, para activar la utilización de los recursos del Fondo de Compensación Interministerial.

En todo caso, no sobra recordar que tal declaratoria no tiene el mismo grado de exigencia que ha sido establecido por la ley y por la jurisprudencia para declarar los estados de excepción, en particular, el estado de emergencia económica, dado que, a diferencia de los estados de excepción, la utilización de los recursos del Fondo de Compensación Ministerial no suspende el funcionamiento ordinario de las instituciones, ni modifica las competencias de las ramas y los órganos del poder público, ni afecta los derechos individuales o colectivos de las personas, sino que corresponde a un mecanismo de ejecución del presupuesto previsto y regulado en la ley, por lo que no debe aplicarse en este caso el principio de subsidiariedad, consistente en la necesidad de agotar los instrumentos o mecanismos ordinarios del ordenamiento jurídico, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2001.

En todo caso, vale la pena recordar que la calificación de “excepcional urgencia”, que exigen las normas para utilizar este mecanismo presupuestal, es competencia del Presidente de la República y del Consejo de Ministros, y debe quedar consignada, con su respectiva motivación, en un acto administrativo que es controlable por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

#### **d. Consideraciones finales**

Finalmente, ante la importancia del tema, la Sala desea reiterar cuatro breves consideraciones, para su eventual valoración por el Gobierno nacional:

- 1) El concepto plantea varias alternativas jurídicas que puedan ayudar parcialmente en la solución de la situación excepcional presentada a su consideración, en especial, respecto de la restricción vigente en gastos de personal establecida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000. No obstante, a juicio de la Sala, resulta más acorde con la realidad de los hechos y con una solución directa, la necesaria modificación de la norma, válida como principio general, pero insuficiente para enfrentar situaciones urgentes y excepcionales que, en conjunto con otras omisiones, han determinado los fallos de tutela de la Corte Constitucional y las órdenes al Gobierno nacional para solucionar las graves violaciones a los derechos fundamentales de los reclusos.
- 2) Es evidente que la solución del Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, declarado por la Corte Constitucional en las sentencias de tutela mencionadas, no atañe exclusivamente al Ministerio de Justicia y del Derecho. Tal si-

tuación amerita una solución integral de parte del Gobierno nacional, en especial del Presidente de la República y de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud y Protección Social, como lo ha expresado la misma Corte en varias de las órdenes que se han citado en este concepto.

3) Dada la magnitud del problema descrito por la Corte Constitucional en las referidas sentencias de tutela, la Sala se permite sugerir al Gobierno nacional que analice la actual situación de violación de los derechos fundamentales en los centros de reclusión y su correspondiente solución, mediante la realización de un Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes).

4) Por las mismas razones anteriores y para cumplir con las diferentes órdenes de la Corte Constitucional, se considera importante que el Gobierno nacional incluya en el próximo Plan Nacional de Desarrollo, las estrategias y planes concretos que permitan dar una solución efectiva al Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario señalado por la Corte Constitucional.

Con base en lo anterior,

#### LA SALA RESPONDE

*“1. ¿Qué mecanismo excepcional es jurídicamente válido para habilitar un título de gasto que permita dar viabilidad a una adición presupuestal en el rubro de funcionamiento de gastos de personal, con el objetivo de aumentar la planta de personal del Inpec, en cumplimiento de las sentencias T-388 de 2013, T-762 de 2015 y T-151 de 2015 (sic, es T-195 de 2015), mediante las cuales se declara un Estado de Cosas Inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario?”*

La Sala ha expuesto, en la parte considerativa, las siguientes alternativas cuya valoración corresponde al Gobierno nacional:

1. El mecanismo excepcional de declaratoria del estado de emergencia económica y social, con las limitaciones que se presentan, a juicio de la Sala, conforme a la información suministrada.
2. Alternativas frente a la restricción establecida por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en los términos expuestos:
  - a. La interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000.
  - b. La modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000.
  - c. La integralidad de un programa de inversión para superar el Estado de Cosas Inconstitucional.



3. Alternativas de solución para la obtención de recursos presupuestales destinados a superar el Estado de Cosas Inconstitucional, incluido el aumento de la planta de personal del Inpec, en los términos expuestos:
  - a. La adición presupuestal por medio del Congreso.
  - b. La creación de un Fondo Cuenta.
  - c. La utilización de los recursos del Fondo de Compensación Interministerial (artículo 87 del Estatuto Orgánico del Presupuesto).

La Sala plantea todas estas alternativas a la consideración y evaluación del Gobierno nacional, con la finalidad de superar el Estado de Cosas Inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario, incluido el aumento de la planta de personal del Inpec, con la gradualidad propuesta por este Instituto.

*“2. ¿Puede en este caso darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto Ley 111 de 1996, al quedar en evidencia que es indispensable aumentar las apropiaciones presupuestales para ampliar la planta de personal del Inpec?”*

En este caso se puede aplicar lo dispuesto por el artículo 79 del Decreto 111 de 1996, mediante una adición presupuestal que debe ser tramitada por el Congreso, conforme se expuso en la parte considerativa.

Lo anterior sin perjuicio de aplicar las normas orgánicas de presupuesto, en especial el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

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

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

**4. Empleo de Director Regional de Establecimiento Público y en especial, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Conformación de terna de candidatos para selección por el Gobernador del Departamento respectivo. Escogencia del Gobernador de un candidato inhabilitado. Repetición del proceso de escogencia y nombramiento de Director Regional.**

**Radicado 2354**

Fecha: 25/10/2017

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 28 de noviembre de 2017

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social formula a la Sala una consulta sobre la forma como debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento del empleo de Director Regional de Establecimiento Público del orden nacional y en especial, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en aplicación de lo sostenido por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-295 de 1995, cuando el Gobernador escoge de la terna que le presenta el Director General del Establecimiento Público, un candidato que se encuentra inhabilitado para desempeñar el mencionado empleo.

## **1. Antecedentes**

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social presenta los antecedentes de la consulta de la siguiente manera:

### **1. Contexto general sobre el empleo de Director Regional del ICBF.**

#### **1.1. Naturaleza del empleo de Director Regional del ICBF.**

En primer término, señala que el empleo de Director o Gerente Seccional de Establecimiento Público del orden nacional está clasificado como un cargo de libre nombramiento y remoción de la Administración descentralizada del nivel nacional, que corresponde a los criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, de conformidad con el artículo 5º numeral 2 literal a), de la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”. Esta norma establece lo siguiente:

**“Artículo 5º. Clasificación de los empleos.** *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: (...)*

*2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:(...)*

### **En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional**

*Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; **Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local**; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia. (...)* (Destaca el consultante).

Manifiesta que aunque se adelante un proceso de selección público y abierto para la integración de la terna necesaria destinada a la provisión del cargo de Director Regional, tal proceso no implica un cambio de la naturaleza jurídica del cargo ni limita la facultad discrecional del nominador, conforme lo dispone el artículo 2.2.28.3 del Decreto 1083 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*:

**“Artículo 2.2.28.3. Naturaleza del cargo.** *El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.*

*(Decreto 1972 de 2002, art. 3º)*”

Agrega que el nombramiento del Director Regional responde a la facultad de libre nombramiento y remoción otorgada al representante legal de un establecimiento público, como es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por el artículo 2.2.28.5 del mismo decreto, el cual establece:

**“Artículo 2.2.28.5. Competencia para el nombramiento y remoción.** *El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público. En el caso de vacancia temporal del empleo, este será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo. (Decreto 1972 de 2002, art. 5º)*”

#### **1.2. Proceso de provisión y nombramiento del cargo de Director Regional del ICBF.**

El consultante indica que en el proceso de provisión y nombramiento del Director Regional del ICBF participan el Gobernador del Departamento correspondiente y el Director General del ICBF, en aplicación del mandato contenido en el numeral 13 del artículo 305 de la Constitución Política, el cual dispone que es facultad del Gobernador escoger de las ternas enviadas por el Director nacional respectivo, los Gerentes o Directores Seccionales de los establecimientos públicos nacionales que operen en el Departamento.

Agrega que para la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción, como el de Director Regional, debe surtirse una etapa de verificación de las competencias laborales, el mérito, la calidad y experiencia en relación con el empleo a desempeñar, conforme lo establece el siguiente artículo del Decreto único 1083 de 2015:

**“Artículo 2.2.13.2.1 Transparencia en los procesos de vinculación de servidores.** *En la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional y de los niveles diferentes al técnico y al asistencial, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo, se tendrán en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo.(Decreto 4567 de 2011, art. 1º)”*

Luego, el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social cita las normas que hacen parte del Título 28 del Decreto 1083 de 2015, el Decreto Único Reglamentario (DUR) de la Función Pública, referente a la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales de los establecimientos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Mediante dichas normas se establece el procedimiento para hacer tal designación, el cual consiste básicamente en realizar un proceso de selección público y abierto para la conformación de la terna, la cual debe estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, y ha de ser enviada al Gobernador del Departamento respectivo, el cual dispone de un término de ocho (8) días para hacer la selección de la persona, vencido el cual el representante legal del establecimiento público procederá a efectuar la selección y el nombramiento.

### **1.3 Requisitos para ocupar el empleo público de Director Regional del ICBF.**

El Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social manifiesta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, el cargo de Director Regional del ICBF es un empleo público de libre nombramiento y remoción del nivel directivo de la Rama Ejecutiva del Poder Público y su designación es de competencia del Director General del Instituto en su calidad de representante legal de la entidad, con fundamento en lo prescrito por el artículo 2.2.28.5 del citado decreto.

Añade que según el artículo 2.2.5.1.4 del Decreto 648 de 2017, *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”*, los requisitos generales para desempeñar el mencionado empleo son los siguientes:

**“Artículo 2.2.5.1.4. Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo.** *Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial se requiere:*

*1. Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del cargo.*

**2. No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la ley.**

3. No estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.

4. No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

5. Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar.

6. Tener certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora.

7. Ser nombrado y tomar posesión” (Negrilla y subrayado del consultante).

Expresa que de acuerdo con el artículo 2.2.5.1.5 del referido Decreto 648 de 2017, le corresponde al Jefe de Personal del ICBF verificar el cumplimiento de los requisitos enunciados y en especial, el referente a la inexistencia de causales de inhabilidad del aspirante a desempeñar el cargo público, so pena de incurrir en la falta disciplinaria contemplada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, el cual establece:

**“Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes: (...)”

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

**Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses. (...)**” (Se destaca en la consulta).

2. Aplicación de la Sentencia C-295 de 1995.

Por último, el consultante menciona la Sentencia C-295 de 1995 de la Corte Constitucional, referente al proceso de escogencia y nombramiento de los Directores Regionales o Seccionales de los Establecimientos Públicos del orden nacional. Cita los siguientes apartes de la misma:

“Para la Corte, la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos:

-El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar **unas ternas (dos o más) de aspirantes** a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

-Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

- De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

- La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional”. (Negrilla y subrayado del consultante).

Luego el consultante destaca el siguiente aparte de dicha sentencia:

“(…) en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, **debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento**”. (Destaca el consultante).

El consultante concluye de la siguiente manera:

“En los procesos de selección y concurso que adelanta el ICBF se estableció como regla del mismo la conformación de una (1) terna (mas no de varias ternas), de la cual el Gobernador del respectivo Departamento escogería uno de los ternados para que fuese nombrado por el Director General, sin embargo, en el curso de la publicación de las hojas de vida los ciudadanos y ciudadanas presentaron sus observaciones a dicha escogencia, sobre el cual (sic) se establece la concurrencia de causales de inhabilidad.

En consonancia con lo anterior, se pregunta a la H. Sala las acciones que debe adelantar el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para repetir el proceso de escogencia y nombramiento de aquellos eventos en los que la inhabilidad haya sido advertida con posterioridad a la remisión de la terna”.

Con base en lo expuesto, el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social formula las siguientes preguntas:

a. ¿Cómo se debe dar aplicación a la Sentencia C-295 de 1995 que establece que debe repetirse el proceso de escogencia?

b. ¿Debe realizarse un nuevo proceso de conformación de la terna? Es decir, una nueva convocatoria pública en los términos del Título 28 del Decreto 1083 de 2015.

c. ¿La forma de definir dicho procedimiento es declarar desierto el concurso de nombramiento o cuál sería la actuación administrativa adecuada para repetir el proceso de escogencia y nombramiento?

d. ¿Le corresponde al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitir nuevamente la terna con alguno de aquellos candidatos que no fueron incorporados en la primera terna?”.

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) Observación preliminar; ii) El mandato constitucional referente a la designación de Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional; iii) El procedimiento de escogencia y nombramiento de los Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional; iv) Análisis de la Sentencia C-295 de 1995 de la Corte Constitucional; y v) La repetición del proceso de escogencia y nombramiento del Director Regional de un Establecimiento Público del orden nacional, como el ICBF.

### A. Observación preliminar

La Sala observa que si bien en la parte final de la consulta, esta pareciera aludir a un caso en particular, este no se especifica y antes bien, la consulta y los interrogantes se formulan de manera general sobre la repetición de los procesos de escogencia y nombramiento de los Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional, y en especial del ICBF, con base en lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-295 de 1995, razón por la cual la Sala se va a referir al tema objeto de la consulta, en forma general y no sobre un caso determinado.

### B. El mandato constitucional referente a la designación de Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional

La Constitución Política de 1991, dentro de su tendencia de descentralización territorial y con miras a fortalecer la gestión de los Departamentos, estableció en el artículo 305 que el Gobernador debía seleccionar de una terna de candidatos que le presentara el Director General de un Establecimiento Público del orden nacional que funcionara en el Departamento, a la persona que debía ser designada Gerente o Director Regional de ese establecimiento. El numeral 13 de dicha norma superior dispone lo siguiente:

**“Artículo 305.** *Son atribuciones del gobernador: (...)*

*13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley. (...).”*

En el mismo sentido, la Ley 489 de 1998, el Estatuto de organización y funcionamiento de la Administración Pública, dentro de las normas relacionadas con los establecimientos públicos, incluye el artículo 78, cuyo parágrafo ratifica la anterior disposición constitucional. Dice así esta norma:

**“Artículo 78. Calidad y funciones del director, gerente o presidente.** (...)

**Parágrafo.** *Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las*

entidades del orden territorial. **En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal**". (Se destaca).

Se observa la tendencia descentralista de la norma y se mantiene la disposición de que el Gobernador escoge al Director Regional del Establecimiento Público del orden nacional, pero el nombramiento lo efectúa el Director del establecimiento, conforme se señala claramente en el procedimiento que se verá más adelante.

La consulta se refiere de manera general a los Establecimientos Públicos del orden nacional y alude de manera específica, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual tiene ciertamente la naturaleza jurídica de Establecimiento Público nacional, conforme lo dispone en la actualidad, el Decreto 1084 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación", cuyo artículo 1.2.1.1 establece lo siguiente:

**"Artículo 1.2.1.1. Entidades adscritas.** Se encuentran adscritas al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, las siguientes entidades: (...)

5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; creado en virtud de la Ley 75 de 1968, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

(Ley 75 de 1968, artículo 50; Ley 7ª de 1979, artículos 19 y 20 modificado por el Decreto 1471 de 1990, artículo 124; y Ley 1098 de 2006, artículo 16)".

### **C. El procedimiento de escogencia y nombramiento de los Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos del orden nacional**

El Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", trae en los artículos 2.2.28.1 a 2.2.28.6, que integran el Título 28, denominado "Designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional", el procedimiento para efectuar dicha designación.

Inicialmente el artículo 2.2.28.1 reafirma las disposiciones constitucional y legal citadas en precedencia, y prevé que las personas que hayan de conformar la terna, deben cumplir con los requisitos exigidos por la entidad y ser escogidas conforme al proceso de selección público y abierto establecido por el decreto. Dice así:

**"Artículo 2.2.28.1. Designación.** El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de



*conformidad con el proceso de selección público abierto (sic, debiera decir público y abierto) que se establece en el presente decreto.*

*Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.*

*(Decreto 1972 de 2002, art. 1º)*”

El artículo siguiente, el 2.2.28.2, indica la forma como se debe realizar el proceso de selección público y abierto y los principios aplicables al mismo. Enuncia también los criterios de valoración y las pruebas que deben cumplir los candidatos. Esta importante disposición preceptúa:

**“Artículo 2.2.28.2. Conformación de ternas.** *La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto (sic).*

*Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.*

*Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.*

**Parágrafo.** *El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.*

*(Decreto 1972 de 2002, art. 2º)*”

El artículo 2.2.28.3 prescribe que el proceso de selección público y abierto para la conformación de las ternas, no modifica la naturaleza de los cargos de Gerente o Director Regional de Establecimiento Público nacional, los cuales son de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5º-2-a) de la Ley 909 de 2004, y no significa una limitación de la facultad discrecional del nominador. Esta norma señala lo siguiente:

**“Artículo 2.2.28.3. Naturaleza del cargo.** *El proceso de selección público abierto (sic) para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.*

*(Decreto 1972 de 2002, art. 3º)”*

El artículo 2.2.28.4 del referido Decreto 1083 concede un término perentorio de ocho (8) días después de recibida la terna, al Gobernador del respectivo Departamento, para seleccionar a la persona que habrá de ser nombrada Gerente o Director Regional por el Director General del Establecimiento Público. Si se vence dicho plazo, este último, dentro de los ocho (8) días siguientes, podrá seleccionar a la persona y hacer el nombramiento. Dice así:

**“Artículo 2.2.28.4. Términos.** *La selección de la persona para ser nombrada en el empleo de Director o Gerente Regional o Seccional o el que haga sus veces, por parte del Gobernador, deberá efectuarse dentro de los ocho (8) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la terna.*

*En las regionales o seccionales cuya área de influencia comprenda dos o más departamentos, el plazo será de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la respectiva terna, la cual será enviada al Gobernador del departamento sede de la regional o seccional.*

*Si en dichos plazos no se efectuare la selección por parte del Gobernador o de los Gobernadores, con el fin de no afectar el servicio, esta será decidida por el representante legal del establecimiento público, con base en la terna presentada, dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de los términos anteriormente señalados. (Decreto 1972 de 2002, art. 4 modificado por el Decreto 307 de 2005, art. 1º)”*

Es claro que el nombramiento del Gerente o Director Regional, así como su remoción, lo efectúa el representante legal del Establecimiento Público, conforme lo prevé el artículo 2.2.28.5:

**“Artículo 2.2.28.5 Competencia para el nombramiento y remoción.** *El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público. En el caso de vacancia temporal del empleo, este será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo. (Decreto 1972 de 2002, art. 5º)”*

El último artículo del Título 28 del Decreto 1083 de 2015, el 2.2.28.6, confiere a la Vicepresidencia de la República la facultad de hacer el seguimiento de los procesos de selección públicos y abiertos, para la designación de Gerentes o Directores Regionales de Establecimientos Públicos nacionales. Esta norma preceptúa lo siguiente:

**“Artículo 2.2.28.6. Seguimiento.** *La Vicepresidencia de la República podrá adelantar evaluaciones, sondeos y estadísticas sobre el desarrollo de los procesos de selección públi-*

cos abiertos establecidos en el presente Título, con el propósito de garantizar su eficiencia y transparencia.

*Así mismo, en desarrollo de su función de lucha contra la corrupción, podrá recibir las quejas relacionadas con el incumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto y de las irregularidades que se presenten en el proceso de selección, para ponerlas en conocimiento de las autoridades competentes.*

*(Decreto 1972 de 2002, art. 6º)*”

Ahora bien, la inquietud que genera la consulta se debe a lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-295 de 1995, en el sentido de que se debe repetir el proceso de selección si el candidato escogido se encuentra inhabilitado, razón por la cual se debe analizar esa sentencia.

#### **D. Análisis de la Sentencia C-295 de 1995 de la Corte Constitucional**

Un ciudadano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó algunos apartes de los artículos 20 y 21 de la Ley 119 de 1994, mediante la cual se reestructuró el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), en cuanto disponían que los Directores Regionales eran representantes del Director General, *“de su libre nombramiento y remoción”*, y que debían ser seleccionados de ternas que le presentaran al Director General *“los Consejos Regionales respectivos”*.

El demandante consideraba que tales normas debían *“ser declaradas inexecutable por que en su sentir, a la luz de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 305 del Estatuto Superior, la aludida facultad nominadora está radicada en los Gobernadores”*.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-295 del 6 de julio de 1995, hizo el correspondiente análisis y manifestó que el numeral 13 del artículo 305 de la Carta no confiere la facultad nominadora al Gobernador del Departamento respectivo, sino que este tiene la potestad de escoger a una persona de las ternas que le presenten los Directores Generales de los Establecimientos Públicos del orden nacional, para que sea nombrada por estos que son quienes tienen la facultad nominadora, pues así lo dispone la norma superior y es claro que tales Directores Regionales no son funcionarios de los departamentos sino de los establecimientos públicos nacionales.

La Corte encontró que en estos casos no se daba la facultad de *“libre”* nombramiento por parte del Director General del Establecimiento Público, pues tal nombramiento dependía de la escogencia de la persona que hiciera el Gobernador, de manera que se trataba de una actuación administrativa compleja, y en consecuencia, declaró inexecutable la expresión *“libre”* de la norma respectiva, con la advertencia de que respecto de la remoción, los Directores Regionales del SENA sí eran de libre remoción del Director General de la entidad.

La Corte encontró también que las ternas debían ser elaboradas por el Director General del Establecimiento Público no por los Consejos Regionales respectivos y por ende, declaró inexecutable las normas correspondientes que contradecían el mandato del artículo 305-13 de la Carta. La Corte Constitucional expresó lo siguiente sobre la cuestión de fondo, en la referida sentencia:

**“(…) Alcance normativo del numeral 13 del artículo 305 de la Constitución.** El actor estima que las normas acusadas violan los artículos 305-13 y 287-2 de la Constitución Política, porque con ellas se desconoce la atribución que tiene el Gobernador de “escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley” y la autonomía de que gozan las entidades territoriales que se traduce, entre otras cosas, en el derecho de “ejercer las competencias que les correspondan”. Para la Corte, la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos:

-El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar unas ternas (dos o más) de aspirantes a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

-Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

-De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

- La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.

Se deduce con toda claridad del texto constitucional, que no es atribución del gobernador nombrar al referido funcionario porque:

1) No se trata de la provisión de un empleo del orden departamental, pues de serlo sería una decisión de su incumbencia en los términos de los artículos 305 y 304-2-5 C.P.

2) El director o gerente regional es un funcionario del correspondiente establecimiento público; su designación corresponde al nominador ya indicado, quien por ende tiene igualmente la facultad de remoción.

3) La inflexión verbal “escoger” que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios -los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo.

En conclusión, el gobernador no nombra el agente regional de los establecimientos públicos nacionales, pero el representante general de estos organismos tampoco puede hacer la designación o el nombramiento si no recibe previamente del gobernador el nombre del

*candidato que ha escogido. Ello resulta del tenor literal de la disposición referida, como del examen lógico de la estructura jurídico- administrativa en que se encuadra el establecimiento público, al cual corresponde dentro de la autonomía que le es propia lo relativo a la administración y al manejo de su personal, pues el tipo de relación que surge en relación con la intervención del gobernador para escoger a dichos funcionarios, obedece más que todo a la idea de participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos, antes que a un fenómeno de subordinación jerárquica de aquellos a estos.*

*La interpretación que la Corte hace de la aludida disposición, concuerda con las ideas expuestas sobre el particular en la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, el Delegatario Juan Carlos Esguerra Portocarrero en la sesión plenaria del 1 de julio de 1991 dijo lo siguiente:*

*‘...Yo también estoy de acuerdo con lo que se estableció en el numeral 16, entre otras curiosidades puesto que fue aprobado por la respectiva Comisión y luego por la plenaria. Entiendo el sentido descentralista que tiene la disposición, lo acepto y lo comparto. Solamente haría una sugerencia, porque me da la impresión, señor Presidente, de que ahí se usa un verbo que resulta impropio jurídicamente hablando, porque rompe el esquema de unidad de la respectiva entidad descentralizada. **Yo sugeriría que se cambiara: no “nombrar” de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, sino “escoger”, porque en realidad el nombramiento no puede hacerlo el gobernador, que no forma parte de esa entidad descentralizada, sino que el nombramiento debe ser interno de la entidad. Que la escogencia la haga el gobernador, me parece muy bien y me parece que conserva el espíritu de lo que aquí se ha aprobado. Pero realmente sería contrario a las reglas obvias de derecho administrativo que el nombramiento se hiciera desde afuera y no desde adentro.** De manera que, salvo que esta objeción fuera grave, pero no creo, se debe poner “escoger” en vez de nombrar. Y repito que el nombramiento en todo caso se haga dentro de la respectiva entidad...’ (destaca la Corte)*

**(...) Examen de los cargos de la demanda.** Luego del análisis que se ha hecho estima la Corte que las disposiciones acusadas infringen los preceptos de la Constitución. En efecto:

*- El art 20 de la ley 119 de 1994 dispone, que el “Director Regional”, a cuyo cargo se encuentra la administración de cada regional del SENA, es de “libre nombramiento y remoción” del Director General.*

*Resulta contrario al precepto del art. 305-13 el texto legal mencionado, pues si la escogencia del director regional se hace, según se ha visto, por el gobernador de ternas que elabora y le presenta el director general del ente descentralizado, es obvio que el aludido mandato constitucional condicionó expresamente la facultad de nominación de este último, pues solo puede nombrar a la persona escogida por el gobernador, en virtud de que el ejercicio de su función requiere, como complemento ineludible, la participación activa del gobernador en los términos señalados. **En tal virtud, en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento, como por ejemplo la presencia de una***

***inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento.***

*De esta manera se puede afirmar que el nombramiento de un director regional de establecimiento público no es libre, por parte del director, gerente o presidente del establecimiento, aun cuando si le compete su postulación, a través de las ternas que se le presentan al gobernador, y su nombramiento. Pero se advierte que la remoción de los directores regionales por el Director General si es libre.*

*- La norma acusada del artículo 21 en parte alguna recoge el mandato constitucional de que la escogencia del director regional es responsabilidad del respectivo gobernador, pues la norma omite tal determinación. La situación da pie para que se entienda, al armonizar los dos textos legales, que los directores regionales de establecimientos públicos nacionales se nombran libremente por el Director General, seleccionándolos de las ternas que le presenten los directores regionales. Por este camino indudablemente se viola tanto el art. 305-13, como el numeral 2 del artículo 287 de la Carta, pues desconoce al gobernador como representante de la entidad territorial el derecho a ejercer las competencias que les corresponde a esta. Además, dicha norma limita la facultad que tiene el Director General del SENA para hacer la postulación de los candidatos, mediante las ternas que debe presentar al gobernador, cuando dispone que son los consejos regionales respectivos los que elaboran las ternas.*

*Para la Corte, la intención que revelan las normas demandadas no es otra que la de excluir al gobernador de la “escogencia” de los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos, pues de no ser así, sus textos se habrían redactado con la claridad y precisión debidas, dando a entender sin ambages que el gobernador participa en la escogencia de los referidos funcionarios, aun cuando su nombramiento finalmente corresponde al director general del establecimiento público. En razón de lo anotado, se declarará inexecutable la expresión “libre” del art. 20, con la advertencia que se consignará en la parte resolutive. Igualmente se declararán inexecutable el aparte demandando del art. 21 así como el numeral 2 del art. 19 de la ley 119 de 1994, dada la unidad normativa que existe entre estas disposiciones”. (Destaca la Sala).*

El aparte que destaca la Sala, referente a que si el Gobernador escoge un candidato inhabilitado se debe repetir el proceso de escogencia y nombramiento, da origen a las cuatro preguntas acerca de la repetición del referido proceso.

**E. La repetición del proceso de escogencia y nombramiento del Director Regional de un Establecimiento Público del orden nacional, como el ICBF.**

En primer lugar, cabe observar las palabras de la Corte Constitucional en el citado aparte:

*“En tal virtud, en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento, como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento”.*

La Corte señala claramente que si el Gobernador escoge un candidato que está inhabilitado para desempeñar el cargo de Gerente o Director Regional del Establecimiento Público nacional, se debe repetir el proceso. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el verbo “repetir” en su primera acepción, como “*Volver a hacer lo que se había hecho, o decir lo que se había dicho*”.

Ahora bien, la primera pregunta de la consulta se refiere a cómo debe darse aplicación a la Sentencia C-295 de 1995. Se debe responder que de acuerdo con esta, en la hipótesis de que el candidato escogido por el Gobernador esté inhabilitado para desempeñar el cargo de Gerente o Director Regional del Establecimiento Público nacional de que se trate, se debe repetir el proceso de escogencia y nombramiento de dicho Gerente o Director Regional, es decir, se debe efectuar nuevamente el procedimiento de selección y nombramiento establecido en los artículos 305-13 de la Constitución Política y los artículos 2.2.28.1 a 2.2.28.6 del Título 28 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario de la Función Pública.

Se pregunta igualmente, si se debe realizar un nuevo proceso de conformación de la terna, es decir, una nueva convocatoria pública en los términos del Título 28 del Decreto 1083 de 2015, a lo cual se debe responder afirmativamente, pues se trata de realizar de nuevo el proceso de escogencia y nombramiento y por tanto, es necesario hacer una nueva convocatoria pública para la provisión del mencionado cargo. Se indaga si se debe declarar desierto el concurso de nombramiento o cuál sería la actuación administrativa adecuada para repetir el proceso de escogencia y nombramiento.

En el caso de la hipótesis analizada, se debe declarar desierto el concurso de nombramiento del Gerente o Director Regional o Seccional del Establecimiento Público nacional, y efectuar una nueva convocatoria del proceso de selección público y abierto conforme al artículo 2.2.28.1 del Decreto 1083 de 2015.

Finalmente, se formula el interrogante de si le corresponde al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) remitir nuevamente la terna con alguno de aquellos candidatos que no fueron incorporados en la primera terna, a lo cual se responde afirmativamente, siempre y cuando dicho candidato se haya presentado al nuevo proceso de selección público y abierto para la provisión del cargo de Director Regional del ICBF y haya sido seleccionado dentro de este nuevo proceso.

Con base en lo anterior,

### **LA SALA RESPONDE**

*“a. ¿Cómo se debe dar aplicación a la Sentencia C-295 de 1995 que establece que debe repetirse el proceso de escogencia?”*

Cuando la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-295 de 1995, manifiesta que “(...) en el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento, como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del go-

*bernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento”, significa que se debe volver a realizar el proceso de escogencia y nombramiento del Director o Gerente Regional o Seccional del establecimiento público nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305-13 de la Constitución Política y los artículos 2.2.28.1 a 2.2.28.6 que conforman el Título 28 del Decreto 1083 de 2015.*

*“b. ¿Debe realizarse un nuevo proceso de conformación de la terna? Es decir, una nueva convocatoria pública en los términos del Título 28 del Decreto 1083 de 2015”:*

La repetición del proceso de escogencia y nombramiento del Director o Gerente Regional o Seccional del establecimiento público nacional, implica realizar un nuevo proceso de conformación de la terna, para el cual se debe efectuar una nueva convocatoria pública de conformidad con el Título 28 del Decreto 1083 de 2015.

*c. ¿La forma de definir dicho procedimiento es declarar desierto el concurso de nombramiento o cuál sería la actuación administrativa adecuada para repetir el proceso de escogencia y nombramiento?*

En el caso mencionado en la primera respuesta, se debe declarar desierto el concurso de nombramiento del Director o Gerente Regional o Seccional del establecimiento público nacional, y efectuar una nueva convocatoria del proceso de selección público y abierto conforme al artículo 2.2.28.1 del Decreto 1083 de 2015.

*d. ¿Le corresponde al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitir nuevamente la terna con alguno de aquellos candidatos que no fueron incorporados en la primera terna?*

Como se trata de un nuevo proceso de escogencia y nombramiento del Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Director General de este puede remitir la nueva terna con alguno de los candidatos que no fueron incorporados en la primera terna, siempre y cuando dicho candidato se haya presentado y haya sido seleccionado en el nuevo proceso.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Édgar Gonzalez 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. Transferencias corrientes. Derogatoria de leyes. Autoridad Nacional de Televisión. Radio Televisión Nacional de Colombia.

### Radicado 2297

Fecha: 09/12/2017

Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 17 de enero de 2017

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones consulta a la Sala sobre la naturaleza, alcance y obligatoriedad de la transferencia de recursos por parte de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para la operación y funcionamiento de la Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC Sistema de Medios Públicos).

### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. La Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) (hoy RTVC Sistema de Medios Públicos) es una entidad Descentralizada Indirecta, del Orden Nacional, con carácter de Sociedad entre Entidades Públicas y catalogada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta entidad, creada en el año 2004, tiene como objeto la programación, preproducción, posproducción y emisión de contenidos de la radio y televisión públicas, así como también la operación de la red pública nacional de radio y televisión.
2. La operación de la RTVC se financia principalmente con recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) y del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC). Igualmente, la entidad obtiene recursos propios a través de su actividad comercial, la cual en todo caso es limitada en virtud de su naturaleza de medio de comunicación público que implica la existencia de financiación estatal para garantizar su independencia y el propio modelo de radio y televisión vigente que no permite que el operador público nacional compita con los canales privados de televisión en el mercado de pauta publicitaria, con excepción de los eventos especiales transmitidos por el canal Señal Colombia.
3. La RTVC es una Empresa Industrial y Comercial del Estado que en materia de manejo presupuestal se encuentra regulada por el Capítulo 10 Título 3 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito.
4. La Ley 1507 de 2012 ordenó la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión y creó la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV).
5. Igualmente, la señalada ley otorgó a la ANTV la facultad de reglamentar el uso de los recursos del FONTV por parte de sus beneficiarios, los cuales son: i) la televisión públi-

ca, ii) los operadores locales sin ánimo de lucro y iii) la población de menores ingresos para su acceso a la Televisión Digital Terrestre – TDT. En desarrollo de esta función, la ANTV expidió la Resolución No. 292 del 29 de enero de 2013, la cual fue posteriormente modificada por la Resolución No. 969 de octubre de 2013.

6. La autorización legal de las transferencias para la operación y funcionamiento de la RTVC se encuentra en el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 (modificado por el artículo 16 de la Ley 335 de 1996), disposición que ordenó al regulador (CNTV, hoy la ANTV) transferir al operador nacional de radio y televisión (Inravisión, hoy la RTVC) los recursos necesarios y suficientes para que dicho operador pueda cumplir adecuadamente su objeto.
7. La ANTV ha considerado que en virtud de la creación del FONTV y la eliminación de la CNTV y del Fondo para el Desarrollo de la Televisión por la Ley 1507 de 2012, fondo que esta última entidad tenía a su cargo, está exenta de cumplir la obligación establecida por la Ley 182 de 1995 de realizar las transferencias allí establecidas.
8. Asimismo, la ANTV adoptó el concepto de “giros” a través de la Resolución No. 292 de 2013, el cual califica las transferencias para la operación y funcionamiento de la RTVC como un “proyecto de inversión”.

En desarrollo de lo anterior, la ANTV creó un proyecto de inversión denominado “Inversiones del Operador de TV”, en el cual se mezclan los recursos para la operación y funcionamiento de la RTVC con otros destinados a financiar otros proyectos de inversión con destinación específica (por ejemplo, Red Digital, que corresponde a la implementación de la Televisión Digital Terrestre – TDT).

9. La Contaduría General de la Nación a través de la Resolución 499 de 2013 determinó que los recursos del FONTV que son girados a los operadores públicos de televisión tienen la naturaleza de transferencias sin contraprestación y sujetas a condición, en atención a que no exigen una contraprestación directa por parte de estos y para su aprobación y ejecución deben cumplirse con las condiciones establecidas en la reglamentación expedida por la ANTV y en las Resoluciones de asignación de recursos.
10. De igual forma, considera la Contaduría que el giro anual de los recursos del FONTV debe ser tratado por los operadores públicos de televisión como un ingreso diferido, el cual “debe ser amortizado en la medida en que se ejecuten estos recursos, reconociendo un ingreso por transferencias”.

Por su parte, la ANTV califica el desembolso de los recursos como un “gasto diferido, que se reconocerá como gasto por transferencias en la medida en que los operadores presenten los informes trimestrales sobre ejecución de los planes de inversión”.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, formula las siguientes preguntas:

1. *¿Los recursos destinados por la ANTV para la operación y funcionamiento de RTVC constituyen transferencias corrientes, de no ser así, qué tipo de transferencias constituyen?*

2. *¿Los artículos 44 y 62 de la Ley 182 de 1995 y sus modificatorios fueron derogados por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012?*

3. *¿Qué tipo de control de recursos debe realizar la ANTV de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012?*

### PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a los interrogantes elevados en la consulta, la Sala se referirá brevemente a los siguientes asuntos: i) la Radio Televisión Nacional de Colombia – RTVC, ii) el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) y iii) la derogatoria de normas.

#### a. La Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC)

La Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) es una entidad descentralizada indirecta del orden nacional que se encuentra sujeta al régimen aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Tiene como objeto la programación, producción y operación de la red de radio y televisión pública<sup>370</sup>.

La entidad recibe para su operación y el cumplimiento de sus objetivos recursos provenientes del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-FONTIC, los cuales deben destinarse a la producción y programación de la radio pública nacional y al fortalecimiento de la red de radio<sup>371</sup>. Asimismo, es receptor de recursos derivados de la Ley 14 de 1991, los cuales deben utilizarse en la programación del Canal Educativo y Cultural del Estado.

La RTVC obtiene también ingresos a través de la venta de servicios de producción y la emisión de programación de televisión de las entidades del Estado, el alojamiento en la red pública de Radio y Televisión, el alquiler de estudios de televisión y la realización de coproducciones y eventos<sup>372</sup>. Además de las fuentes anteriores, la RTVC es beneficiaria de

370 “De acuerdo a lo establecido en la escritura pública de creación número 3.138 del 28 de octubre de 2004, la Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC) es una sociedad entre entidades públicas indirecta, cuyo objeto social está definido por la prestación de servicios de preproducción, producción, post producción y emisión y transmisión de la radio y televisión públicas nacionales”. Decreto 1078 de 2015, artículo 1222. “Que Radio Televisión Nacional de Colombia (RTVC), es una entidad descentralizada indirecta, del orden nacional, con el carácter de Sociedad entre Entidades Públicas, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado cuyo objeto es la programación, producción y operación de la red de radio y televisión pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada mediante Escritura Pública número 3138 del 28 de octubre de 2004, registrada en la Notaría 34 de Bogotá y debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá”. Resolución 109 de 2016, considerandos.

371 El artículo 34 de la Ley 1341 de 2009 estableció el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC), el cual es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que tiene como propósito: “El objeto del Fondo es financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal, y del servicio universal cuando haya lugar a ello, de todos los habitantes del territorio nacional a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como apoyar las actividades del Ministerio y la Agencia Nacional Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones”. Ley 1341 de 2009, artículo 34.

372 “RTVC tiene por fuentes de financiación transferencias de la ANTV para el funcionamiento y para la operación que incluyen la administración, operación y mantenimiento de la Red pública de Televisión, el segmento satelital y la programación del canal Señal Colombia educativo y cultural. También se reciben transferencias de la ANTV para proyectos de inversión para el canal Señal Institucional, para cubrir las necesidades de comunicación de la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía

los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV), cuyo antecedente es el “Fondo para el Desarrollo de la Televisión” creado en el artículo 17 de la Ley 182 de 1995<sup>373</sup>.

De otra parte, el Decreto 3550 de 2004<sup>374</sup>, el cual suprimió y ordenó la liquidación del Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión)<sup>375</sup>:

- a) Otorgó a la RTVC la calidad de Gestor del servicio público de radio y televisión<sup>376</sup>.
- b) Determinó que se trasladaran a la RTVC los bienes, activos y derechos que Inravisión destinaba a la prestación de los servicios públicos de radio y televisión.
- c) Dispuso que la Comisión Nacional de Televisión debía reasignar y girar a la RTVC, los recursos para financiar los diferentes proyectos de inversión presentados por Inravisión, así como también los recursos suficientes y necesarios para que esta pudiera cumplir adecuadamente con su objeto.
- d) Estableció que la RTVC asumiera todas las funciones que tenía asignadas Inravisión y que se necesitaran para la operación del servicio público de televisión<sup>377</sup>.

General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Defensa Nacional, y el Congreso de la Republica. Asimismo, se reciben aportes o transferencias del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC), destinados a la producción y programación de la radio pública nacional a través de las emisoras Señal Radio Colombia y Señal Radiónica y para el fortalecimiento de la red de radio. Otra fuente de ingresos con destinación específica son los aportes ordenados por la Ley 14 de 1991, provenientes de las entidades públicas descentralizadas, equivalentes al 7% de los presupuestos de publicidad ejecutados en la vigencia anterior, los cuales deben ser utilizados en la programación del canal Señal Colombia Educativa y Cultural. RTVC a su vez genera recursos propios por la venta de sus servicios, de producción y emisión de programación de televisión a las diferentes entidades del Estado, servicios de alojamiento en la red pública de Radio y Televisión, alquiler de estudios de TV, coproducciones y eventos”. RTVC. Informe de Gestión 2015, pp. 68-69.

373 “La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado “Fondo para el Desarrollo de la Televisión”, constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio”.

374 “Por el cual se suprime el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) y se ordena su disolución y liquidación”.

375 “Supresión, disolución y liquidación. Suprimese el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) creado mediante Decreto 3267 del 20 de diciembre de 1963 como establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones, transformado por la Ley 42 de 1985 como entidad asociativa de carácter especial y posteriormente por la Ley 182 de 1995 transformada en sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del Estado, naturaleza esta conservada por la Ley 335 de 1996. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) entrará en proceso de disolución y liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación –Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión en Liquidación-. Para efectos de la liquidación del Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) en los aspectos no contemplados por el presente decreto, se aplicará lo señalado en el Decreto-ley 254 de 2000 y en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad, lo pertinente en las disposiciones sobre liquidación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio”. Decreto 3550 de 2004, artículo 1º.

376 *Ibidem*, artículo 5º.

377 “Garantía de la continuidad en la prestación del servicio público de radio y televisión. Con el fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de televisión y radio a su cargo el Estado deberá: 1. Garantizar que los bienes, activos y derechos que dicha entidad destinaba a la prestación de los servicios públicos de radio y televisión continúen afectos a tal fin, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión en Liquidación, deberá celebrar los actos y contratos a que haya lugar con terceros incluido el nuevo Gestor del servicio, así como transferir los bienes activos y derechos al nuevo Gestor del servicio, en los términos previstos en el presente decreto y de acuerdo con las normas que rigen el proceso de liquidación. 2. El Instituto Nacional de Radio y Televisión-Inravisión en Liquidación deberá subrogar en el nuevo Gestor del servicio de radio y televisión, los contratos y convenios en ejecución suscritos con la Comisión Nacional de Televisión para el cumplimiento de su objeto y en los casos en que hubiere lugar con los usuarios de los servicios de radio y televisión. 3. La Comisión Nacional de Televisión reasignará al nuevo Gestor las respectivas frecuencias que Inravisión utilizaba para la prestación de los servicios de televisión a su cargo, y el Ministerio de Comunicaciones reasignará las respectivas frecuencias que Inravisión utilizaba para la prestación del servicio de radio a su cargo. 4. La Comisión Nacional de Televisión reasignará y girará al nuevo Gestor, los recursos para financiar los diferentes proyectos de inversión presentados por Inravisión para su desarrollo y ejecución. 5. La Comisión Nacional de Televisión en cumplimiento de las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de televisión transferirá los recursos suficientes y necesarios para que el nuevo Gestor público de televisión pueda cumplir cabalmente su objeto. 6. Subrogar al nuevo Gestor del servicio de radio y televisión el contrato de comodato de uso de bienes celebrado entre la Comisión Nacional de Televisión e Inravisión, previo cumplimiento del requisito de ley. 7. Garantizar que los bienes, activos y derechos del Instituto Nacional de Radio y Televisión-Inravisión en Liquidación, destinados a la prestación del servicio de televisión y radio, incluyendo el nombre comercial Inravisión y los demás nombres comerciales, las enseñanzas comerciales,

## b. El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV)

El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) fue establecido en el artículo 16 de la Ley 1507 de 2012 en los siguientes términos:

*“Créase el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos como una cuenta especial a cargo de la ANTV. El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV”.*

El FONTV, el cual fue reglamentado a través de las Resoluciones 292 y 969 de 2013, tiene como características principales las siguientes:

- i) Es una cuenta especial a cargo de la ANTV, cuya dirección y administración la ejerce la Junta Nacional de Televisión<sup>378</sup>.
- ii) Tiene como propósitos: a) fortalecer a los operadores públicos del servicio de televisión, b) financiar la programación educativa y cultural que tiene a su cargo el Estado, c) apoyar la generación y difusión de los contenidos de televisión de interés público que desarrollen operadores sin ánimo de lucro y d) sufragar el funcionamiento de la ANTV<sup>379</sup>.

Asimismo, los recursos del fondo deben ser utilizados para, además de lo anterior, apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos y pagar las obligaciones pensionales de los trabajadores de Inravisión, entre otras finalidades<sup>380</sup>.

---

las marcas, los logotipos, los símbolos y, en general, todos los derechos de propiedad intelectual de Inravisión, en especial todos aquellos que recaigan sobre los signos distintivos que incluyan o hagan referencia a la palabra Inravisión se mantengan afectos a la prestación del servicio público de radio y televisión. 8. Subrogar al nuevo Gestor los procesos de Contratación de Inravisión que estén en curso relacionados con la prestación del servicio de Radio y Televisión para su respectiva adjudicación, desarrollo, ejecución y liquidación. 9. Garantizar la continuidad en la prestación del servicio mediante la celebración de los contratos que se requieran. Parágrafo. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo y con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, mediante el presente decreto se transfieren al Gestor del servicio todas aquellas funciones asignadas por ley a Inravisión y que se precisen para la operación del servicio público de Televisión y Radio Nacional”. Ibidem, artículo 4°.

378 “Para todos los efectos, el órgano de Dirección y Administración del FONTV es la Junta Nacional de Televisión. La administración podrá ser delegada en cabeza de la Dirección de la ANTV. El manejo financiero de los recursos del FONTV estará a cargo del Director de la ANTV, quien rendirá los informes que solicite la Junta Nacional de Televisión sobre el mismo”. Resolución 292 de 2013, artículo 5°.

379 “El objeto del FONTV es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a la generación y difusión de los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro, además de financiar el funcionamiento de la ANTV”. Ibidem, artículo 2°.

380 “Los recursos del FONTV se destinarán para: 1. El fortalecimiento de los operadores públicos de televisión abierta radiodifundida en áreas de infraestructura tecnológica relacionada con la prestación del servicio, así como las investigaciones sobre contenidos y audiencia en el sector de la televisión, en la capacitación del personal de planta en temas relacionados con la prestación del servicio público de televisión y las inversiones para la conservación del archivo audiovisual. 2. La financiación de la programación educativa y cultural a cargo del Estado. 3. El apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollados por los operadores de televisión sin ánimo de lucro. 4. La financiación, fomento, apoyo y estímulos de los planes, programas y proyectos orientados a la promoción de contenidos audiovisuales que adelante la ANTV. 5. El apoyo a los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la Televisión Digital Terrestre Radiodifundida. 6. La concepción, diseño e implementación de estrategias pedagógicas que adelante la ANTV, en cumplimiento del literal d) del artículo 3° de la Ley 1507 de 2012, para que la teleaudiencia familiar e infantil pueda desarrollar el espíritu crítico respecto de la información recibida a través de la televisión. 7. El funcionamiento de la ANTV, el cual corresponde a los gastos e inversiones requeridos para el cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley. 8. Las obligaciones pensionales de los extrabajadores de Inravisión contempladas en el artículo 19 de la Ley 1507 de 2012 y en los términos allí dispuestos. 9. Las acreencias que se reciban o resultaren del proceso liquidatorio de la Comisión Nacional de Televisión. 10. Las contingencias provenientes de las pretensiones en contra de la ANTV. 11. Las transferencias a la Comisión de Regulación de Comunicaciones estipuladas en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 1507 de 2012. 12. Las demás funciones asignadas a la ANTV”. Ibidem, artículo 6°.

En todo caso es importante señalar que por expresa disposición legal los dineros del fondo no pueden ser utilizados por los operadores para sus gastos de funcionamiento, con excepción del caso de la RTVC<sup>381</sup>.

- iii) Está constituido por recursos que provienen de distintas fuentes<sup>382</sup>.
- iv) De acuerdo con el artículo 7° de la Resolución 292 de 2013, los beneficiarios de los recursos del fondo son: a) los operadores públicos de televisión abierta radiodifundida, b) los operadores de televisión sin ánimo de lucro, c) la ANTV, d) la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, y e) la Caja de Previsión Social de Comunicaciones<sup>383</sup>.
- v) Como mínimo, anualmente el 60% de los recursos del fondo deben destinarse para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión.
- vi) El giro de los recursos a los operadores debe hacerse en una sola anualidad.

### c. La derogatoria de las normas

La derogatoria de una ley tiene ocurrencia cuando se produce la pérdida de su vigencia como consecuencia de la expedición de una nueva norma<sup>384</sup>, de tal suerte que se produce

381 “El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente, como mínimo, el 60% de sus recursos para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión. En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC”. Ley 1507 de 2012, artículo 18.

382 “Los recursos del FONTV lo constituyen las siguientes fuentes: 1. El monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los operadores privados, como consecuencia del otorgamiento y explotación de las concesiones del servicio público de televisión. 2. El monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los operadores privados, como consecuencia de la asignación y uso de las frecuencias, el cual se pagará anualmente. 3. El uno punto cinco por ciento (1,5%) de la facturación bruta anual de los concesionarios de los canales nacionales de operación privada, de acuerdo con lo estipulado en el parágrafo 2° del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, que modificó el artículo 62 de la Ley 182 de 1995, o las normas que lo modifiquen. 4. El monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los operadores públicos prestadores del servicio de televisión por suscripción. 5. Las sumas percibidas como consecuencia del otorgamiento y explotación de las concesiones del servicio público de televisión. 6. El monto de las tarifas, tasas y derechos que perciba de los concesionarios, como consecuencia de la adjudicación y explotación de los contratos de concesión de espacios de televisión. 7. Las sumas percibidas como consecuencia del ejercicio de sus derechos, de la imposición de las sanciones a su cargo, o del recaudo de los cánones derivados del cumplimiento de sus funciones, y, en general, de la explotación del servicio de televisión. 8. Los rendimientos financieros que produzcan las inversiones del FONTV, así como los que se generen de los recursos entregados a sus beneficiarios. 9. Los saldos de los recursos adjudicados a los beneficiarios del FONTV que no hayan sido utilizados en la respectiva vigencia. 10. Los aportes del presupuesto nacional y los que reciba a cualquier título de la Nación o de cualquier otra entidad estatal. 11. El producido o la enajenación de sus bienes, y por las donaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. 12. Los recursos destinados por el Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones derivados de la asignación de los permisos para uso de las frecuencias liberadas con ocasión de la transición de la televisión análoga a la digital, de que trata el inciso tercero del artículo 18 de la Ley 1507 de 2012. 13. Los ingresos y bienes que sean trasladados por la Comisión Nacional de Televisión en Liquidación al patrimonio de la ANTV, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1507 de 2012. 14. Los excedentes financieros del FONTV correspondientes a la vigencia fiscal anterior. 15. Los demás ingresos y bienes que adquiera a cualquier título”. Resolución 292 de 2013, artículo 4.

383 “Serán beneficiarios de los recursos del FONTV los siguientes: 1. Los operadores públicos de televisión abierta radiodifundida. 2. Los operadores de televisión sin ánimo de lucro, en los términos que disponga la ANTV. 3. La ANTV. 4. La Comisión de Regulación de las Comunicaciones, en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 1507 de 2012. 5. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1507 de 2012”. *Ibidem*, artículo 7°.

384 “La Corte ha señalado que la derogación es “es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior” y, que por ende, su función consiste en expulsar del ordenamiento jurídico una determinada disposición por una norma de igual o superior jerarquía de la disposición derogada. En este sentido, la derogación no se relaciona con la pérdida de validez de una norma, por efecto de su declaración de inconstitucionalidad, por ejemplo, sino de la libertad política del legislador que por cuestiones de oportunidad y conveniencia, decide derogarla”. Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, C-1019/12. Véase igualmente: “Al respecto conviene señalar que la derogatoria es aquel efecto de una ley, determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior, la cual puede ser expresa o tácita”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de octubre de 2006, C-823/06. “Según la doctrina reiterada y pacífica de este tribunal, “la derogación es la revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador”. La derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez. El legislador puede decidir derogar una norma, que es un acto propio de su voluntad política, en ejercicio del principio democrático, conforme a criterios de conveniencia político-social”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2012, C-811/14. Desde el punto de

la exclusión de la disposición derogada del ordenamiento jurídico<sup>385</sup>. Esta figura encuentra justificación en la necesidad de que las normas vigentes puedan ser posteriormente modificadas o eliminadas con el propósito de ajustar el ordenamiento a nuevas realidades. En esta dirección, el numeral 1º<sup>386</sup> del artículo 150 de la Constitución otorgó al legislador la potestad de derogar las leyes<sup>387</sup>.

Tradicionalmente se han identificado dos formas de derogatoria: la expresa y la tácita. Ocurre la primera cuando a través de una nueva norma se suprime explícita y formalmente una norma anterior. Por su parte, la derogatoria tácita se presenta cuando una norma posterior, sin señalar expresamente que se deroga una determinada regla, es incompatible o contraria a una anterior, lo cual supone un ejercicio de interpretación para determinar cuál es la ley que rige la materia, y si se ha presentado una derogatoria total o parcial<sup>388</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, atendiendo a lo señalado por la doctrina, ha identificado los siguientes criterios para establecer cuando se está en presencia de una situación de derogatoria tácita:

*“Interesante resulta tomar en cuenta los siguientes tres parámetros que la doctrina suministra para determinar la incompatibilidad entre la ley nueva y la anterior, los cuales, por lo demás, deben ser concurrentes: a) igualdad de materia en ambas leyes, b) identidad de los destinatarios de sus mandatos y c) contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos”<sup>389</sup>.*

vista de la doctrina se ha indicado: “Derogación es la cesación de la existencia de la ley toda o de una parte de ella por mandato expreso o tácito de otra posterior”. Antonio Vodanovic, Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001, p. 124. “Derogar es privar de eficacia a una norma válida por medio de otra norma posterior”. Federico Arnau Moya, Lecciones de Derecho Civil I. Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2008/2009, p. 40.

385 “Por medio de la derogación se cancela la vigencia de normas legales, produciéndose de esta forma la cesación de sus efectos y, por ende, su exclusión del ordenamiento positivo. Se trata entonces de la cristalización negativa de la facultad legislativa, ya que de la misma manera que el Congreso expide normas, puede suprimirlas, disponiendo su eliminación del sistema, sustituir las o modificarlas, siguiendo el principio según el cual las cosas se deshacen como se hacen”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de noviembre de 2007, C-952/07.

386 “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes”. “Sea lo primero decir que dentro del margen de configuración normativa del Congreso de la República se encuentra no solo la posibilidad de expedir nuevas leyes, sino, también la de interpretar, reformar o derogar las existentes (art.150-1). Como ha dicho la Corte, “mediante la expedición de una ley ordinaria, no se puede garantizar que en el futuro el Congreso de la República se abstenga de ejercer sus competencias constitucionales para interpretar, reformar o modificar textos normativos de idéntica jerarquía, y mucho menos, cualesquiera superior a ella”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00046-00(1908).

387 “La competencia del Congreso para derogar las normas encuentra fundamento constitucional en los artículos 150.1 (cláusula general de competencia legislativa), al igual que en los artículos 1º (principio democrático) y 3º (soberanía popular), disposiciones que tienen su fundamento en que “el legislador actual no puede atar al legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro. La derogación de las leyes encuentra, entonces, sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas. Tal es el fundamento constitucional del principio “lex posterior derogat anteriori”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de noviembre de 2011, C-901/11. “En la generalidad la derogatoria es entendida como la revocación de una ley anterior por una nueva o posterior. Desde el punto de vista teleológico la derogatoria presupone una finalidad de mejorar la regulación existente, para adaptarla a las nuevas condiciones humanas o a situaciones de conveniencia dentro del esquema del Estado Social de Derecho”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 21 de mayo de 2009, Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01.

388 “En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de febrero de 2004, C-159/04. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de noviembre de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00080-00(1928).

389 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 21 de mayo de 2009, Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01.

Adicionalmente existe, una tercera forma de derogatoria aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, algunas veces como una forma de derogatoria tácita y en otras, como una categoría independiente denominada derogatoria orgánica, la cual se presenta cuando una nueva ley regula integralmente una materia reglada por otra norma, aunque no haya incompatibilidad entre ellas<sup>390</sup>.

Desde el punto de vista legal, la figura de la derogatoria se encuentra reconocida en los artículos 71 y 72 del Código Civil. Así, la primera de estas disposiciones indica:

*“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.*

*Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.*

*La derogación de una ley puede ser total o parcial”.*

Por su parte, el artículo 72 se refirió al alcance de la derogatoria tácita señalando:

*“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.*

De igual forma, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 se refirió al fenómeno de la derogatoria al establecer:

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

Además de la clasificación anterior, y con fundamento en la ley<sup>391</sup> y la jurisprudencia nacional, la derogatoria puede ser parcial o total<sup>392</sup>.

#### **d. El caso concreto**

390 “En este orden de ideas, en cuanto al procedimiento de pérdida de vigencia, el ordenamiento positivo distingue entre la derogatoria expresa y la derogatoria tácita. La primera se produce cuando explícitamente una nueva disposición suprime formalmente a una anterior; mientras que, la segunda, supone la existencia de una norma posterior que contiene disposiciones incompatibles con aquella que le sirve de precedente. A estas categorías se suma la denominada derogatoria orgánica, en algunas ocasiones identificada como una expresión de derogatoria tácita, la cual tiene ocurrencia en aquellos casos en que es promulgada una regulación integral sobre una materia a la que se refiere una disposición, aunque no haya incompatibilidad entre sus mandatos”. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de septiembre de 2014, C-668/14. “La derogación expresa ocurre cuando la nueva ley dice explícitamente que deroga la antigua, de tal suerte que no es necesaria ninguna interpretación, “pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador. (...) La derogación tácita ocurre cuando la nueva ley regula un determinado hecho o fenómeno de manera diferente a la ley anterior, sin señalar expresamente qué disposiciones quedan sin efectos, lo que implica que solo pierden vigencia aquellas que sean incompatibles con la nueva regulación. En este evento es “necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”. (...) La derogación orgánica ocurre cuando la nueva ley “regula íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2014, C-811/14.

391 Código Civil, artículo 71.

392 “La derogatoria es total, cuando la nueva ley suprime por completo la anterior y parcial, en el caso de que la segunda ley suprima uno o más preceptos de la antigua, quedando subsistente el resto de ella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 14 de junio de 2007. Radicación número: 25000-23-31-000-2008-00007-01. “De acuerdo con su extensión, la derogación puede ser total o parcial (C. Civil, art. 52 inciso final): la primera hace cesar la vigencia de la ley antigua en todas sus partes; la derogación parcial, solo en algunas de sus partes, como ser un artículo, o varios, un inciso, una frase, una palabra. Las normas derogadas pueden o no ser reemplazadas por otras”. Vodanovic, ob cit.



## 1. Calificación de los recursos para la operación y funcionamiento de la RTVC

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pregunta a la Sala si los recursos destinados por la ANTV para la operación y funcionamiento de la RTVC constituyen transferencias corrientes.

Para efectos de absolver este interrogante, es importante tener en cuenta lo siguiente:

- i) El FONTV es una cuenta especial a cargo de la ANTV.
- ii) Los recursos del FONTV están destinados, entre otros propósitos, al fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y a la financiación de la programación educativa y cultural a cargo del Estado.
- iii) Adicionalmente, a través de los recursos del FONTV se financia la operación y funcionamiento de la RTVC, tal como se desprende de las siguientes disposiciones de la Ley 1507 de 2012 y la Resolución 292 de 2013:

a) “(...) *En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, **sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC.*** (...)”<sup>393</sup> (negrillas fuera del texto).

b) “Los operadores públicos de televisión, **salvo RTVC, no podrán destinar los recursos del FONTV en gastos de funcionamiento**, conforme a lo estipulado en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 1507 de 2012”<sup>394</sup> (negrillas fuera del texto).

c) “El valor a distribuir entre los operadores públicos del servicio de televisión abierta radiodifundida descrito en el numeral 1 del artículo 9o de la presente resolución se hará descontado los recursos para la implementación de la Televisión Digital Terrestre, **así como los destinados para el funcionamiento y la operación de RTVC relacionados con la prestación del servicio público de televisión**, los cuales no incluyen la programación del canal Señal Colombia Institucional. El funcionamiento de RTVC no podrá ser mayor en términos reales a la vigencia anterior”<sup>395</sup> (negrillas fuera del texto).

d) “A más tardar el último día hábil del mes de octubre, la Autoridad Nacional de Televisión informará a cada operador público el monto que se asignará para la siguiente vigencia. Con base en este monto, cada operador deberá presentar, a más tardar el último día hábil del mes de noviembre, el plan de inversión de los recursos y el acto administrativo de asignación de recursos lo expedirá la ANTV durante el mes de enero de la correspondiente vigencia.

393 Ley 1507 de 2012, artículo 18.

394 Resolución 292 de 2013, artículo 6º, parágrafo 1º.

395 Resolución 292 de 2013, artículo 10.

*El plan de inversión deberá contener el impacto y la medición en el fortalecimiento del operador y las razones tenidas en cuenta para la distribución de los recursos por línea de inversión. Respecto a los recursos destinados a la programación, se deberá indicar de qué manera el plan atiende las políticas de programación definidas por el operador y los intereses de su área de influencia. Cada línea de inversión deberá incluir, como mínimo, la siguiente información:(...)*

**6. Recursos destinados a la operación del operador público nacional.** *Se debe describir el alcance, la necesidad a satisfacer, el impacto esperado, el cronograma de ejecución del plan y la estimación del presupuesto. En esta línea de inversión se incluyen los gastos de funcionamiento (servicios personales, gastos generales y transferencias), la programación del canal Señal Colombia Educativa y Cultural, la administración, operación y mantenimiento de la red de televisión y el segmento satelital” (negritas fuera del texto)<sup>396</sup>.*

Como se desprende de las normas anteriores, los dineros que traslada la ANTV a la RTVC en su calidad de administradora del FONTV, son recursos destinados a la operación y funcionamiento de esta última<sup>397</sup>.

iv) La Contaduría General de la Nación calificó el traslado de recursos por parte de la ANTV a los operadores públicos de televisión abierta como “transferencias” a través del Manual de Procedimientos del Régimen de Contabilidad Pública (Resoluciones 356 de 2007<sup>398</sup> y 499 de 2013<sup>399</sup>), Manual que debe ser aplicado por la ANTV y la RTVC en atención a lo dispuesto por los artículos 1<sup>o</sup><sup>400</sup> y 5<sup>o</sup><sup>401</sup> de la Resolución 354 de 2007<sup>402</sup>.

Así, la Resolución 499 de 2013 estableció el “procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los hechos relacionados con el giro, la ejecución y el reintegro de

396 Resolución 292 de 2013, artículo 11.

397 “El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV”. Ley 1507 de 2012, artículo 15. “(...) En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC. (...) Todos los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, serán destinados a la financiación de la operación, cobertura y fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida; financiar, fomentar, apoyar y estimular los planes, programas y proyectos orientados a la promoción de contenidos audiovisuales y apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la televisión digital terrestre radiodifundida”. (...) Ibidem, artículo 18.

398 “Por la cual se adopta el Manual de Procedimientos del Régimen de Contabilidad Pública”.

399 “Por medio de la cual se modifica el Manual de Procedimientos del Régimen de Contabilidad Pública”.

400 “Adoptase el Régimen de Contabilidad Pública que está conformado por el Plan General de Contabilidad Pública, el Manual de Procedimientos y la Doctrina Contable Pública. Dicho régimen contiene la regulación contable pública de tipo general y específico”.

401 “El Régimen de Contabilidad Pública debe ser aplicado por los organismos y entidades que integran las Ramas del Poder Público en sus diferentes niveles y sectores. También debe ser aplicado por los órganos autónomos e independientes creados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. En el mismo sentido, el ámbito de aplicación del Régimen de Contabilidad Pública incluye a los Fondos de origen presupuestal, además de las Sociedades de Economía Mixta y las que se les asimilen, en las que la participación del sector público, de manera directa o indirecta, sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social. El ámbito de aplicación de dicho régimen también incluye a las empresas de servicios públicos domiciliarios cuya naturaleza jurídica corresponda a empresas oficiales, y las mixtas en las que la participación del sector público, de manera directa o indirecta, sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social. Parágrafo. El Régimen de Contabilidad Pública no es de obligatoria aplicación para las Sociedades de Economía Mixta y las que se les asimilen, en las que la participación del sector público, de manera directa o indirecta, sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, así como las personas jurídicas o naturales que tengan a su cargo, a cualquier modo, recursos públicos de manera temporal o permanente, en lo relacionado con estos, tales como los Fondos de Fomento, las Cámaras de Comercio y las Cajas de Compensación Familiar, en cuyo caso aplicarán las normas de contabilidad que expide el organismo regulador que corresponda a su ámbito. No obstante, cuando el Contador General de la Nación lo considere conveniente, podrá solicitar los informes que sean necesarios, para lo cual expedirá las instrucciones que permitan llevar a cabo la homologación técnica respectiva”.

402 “Por la cual se adopta el Régimen de Contabilidad Pública, se establece su conformación y se define el ámbito de aplicación”.

los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV), los cuales se transfieren a los operadores públicos del servicio de televisión”<sup>403</sup>.

La señalada Resolución 499, al referirse a los recursos del FONTV que son trasladados a los operadores públicos de televisión, establece su tratamiento contable, tanto en el presupuesto de la ANTV, como en el de la RTVC, a la luz de diversas cuentas denominadas “transferencias condicionadas”, “transferencias por pagar” y “otras transferencias”<sup>404</sup>.

v) Asimismo, la Contaduría General de la Nación concibió el término “transferencia” de la siguiente manera:

*“Las transferencias comprenden los recursos originados en traslados sin contraprestación directa, efectuados entre las entidades contables públicas de los diversos niveles y sectores”<sup>405</sup>.*

vi) Por su parte, el artículo 38 del Decreto 2550 de 2015<sup>406</sup> distingue entre transferencias de capital y transferencias corrientes<sup>407</sup>. Las primeras son concebidas como aquellas

403 Este procedimiento fue adicionado por el artículo 3º de la Resolución 499 de 2013.

404 “1. Traslado de los recursos del FONTV con destino a los operadores públicos del servicio de televisión. 1.1. Registros contables en la ANTV. Con la expedición del acto administrativo de asignación de recursos a los operadores públicos del servicio de televisión para la ejecución de los proyectos de inversión y para gastos de funcionamiento del operador nacional de televisión, la ANTV debita la subcuenta 191040- Transferencias condicionadas de la cuenta 1910-Cargos Diferidos y acredita la subcuenta 240315-Otras transferencias de la cuenta 2403-Transferencias por pagar. Con el giro de los recursos del FONTV a los operadores públicos del servicio de televisión, la ANTV debita la subcuenta 240315-Otras transferencias de la cuenta 2403-Transferencias por pagar y acredita la subcuenta que corresponda de la cuenta 1110-Depósitos en Instituciones Financieras. 1.2. Registros contables en los operadores públicos del servicio de televisión. Con base en el acto administrativo de asignación de recursos a los operadores públicos del servicio de televisión para la ejecución de los proyectos de inversión y para el funcionamiento del operador nacional de televisión, dichos operadores debitan la subcuenta 141314-Otras transferencias de la cuenta 1413-Transferencias por cobrar y acreditan la subcuenta 291522-Transferencias condicionadas de la cuenta 2915-Créditos Diferidos. Con el giro de los recursos del FONTV, los operadores públicos del servicio de televisión debitan la subcuenta que corresponda de la cuenta 1110-Depósitos en Instituciones Financieras y acreditan la subcuenta 141314-Otras transferencias, de la cuenta 1413-Transferencias por cobrar”. (...) 2.1.3. Reconocimiento del ingreso por transferencias. Con la ejecución de los recursos para los proyectos de inversión aprobados y con la ejecución de los gastos de funcionamiento del operador nacional de televisión, los operadores públicos de televisión reconocen el ingreso por transferencias y amortizan el crédito diferido, para lo cual debitan la subcuenta 291522-Transferencias condicionadas de la cuenta 2915-Créditos Diferidos y acreditan la subcuenta 442802-Para proyectos de inversión o la subcuenta 442803- Para gastos de funcionamiento de la cuenta 4428-Otras Transferencias. No obstante, si con la ejecución de los recursos, se adquieren bienes correspondientes a propiedades, planta y equipo o a activos intangibles, el reconocimiento del ingreso por transferencias, así como la amortización del crédito diferido se hará con base en la depreciación y/o amortización de dichos activos. 2.2. Reconocimiento del gasto por transferencias en la ANTV. Con la rendición de los informes trimestrales sobre la ejecución y el estado de avance de los planes de inversión, la ANTV reconoce el gasto por transferencias y amortiza el cargo diferido, para lo cual debita las subcuentas 542302- Para proyectos de inversión y/o 542303-Para gastos de funcionamiento, de la cuenta 5423-Otras Transferencias, y acredita la subcuenta 191040- Transferencias condicionadas, de la cuenta 1910-Cargos Diferidos”. (...) 4. Reintegro de recursos asignados sin ejecutar. Al final de la vigencia y con base en los informes trimestrales presentados por los operadores, se establece el monto de los recursos no ejecutados, los cuales son objeto de reintegro. 4.1. Registros contables de los operadores públicos de televisión. Con la determinación del valor a reintegrar, los operadores públicos de televisión reclasifican el valor de los recursos no ejecutados de la subcuenta 291522-Transferencias condicionadas de la cuenta 2915-Créditos Diferidos a la subcuenta 249024-Recursos de FONTV recibidos no ejecutados de la cuenta 2490-Otras cuentas por pagar. Con el giro a la ANTV, los operadores públicos de televisión debitan la subcuenta 249024-Recursos de FONTV recibidos no ejecutados de la cuenta 2490-Otras cuentas por pagar y acreditan la subcuenta que corresponda de la cuenta 1110-Depósitos en Instituciones Financieras. 4.2. Registros contables en la ANTV. Con la determinación del valor a reintegrar, la ANTV reclasifica el saldo de la subcuenta 191040- Transferencias condicionadas de la cuenta 1910-Cargos Diferidos a la subcuenta 147089-Recursos de FONTV asignados no ejecutados de la cuenta 1470-Otros Deudores. Con el giro por parte de los operadores públicos de televisión, la ANTV debita la subcuenta que corresponda de la cuenta 1110-Depósitos en Instituciones Financieras y acredita la subcuenta 147089-Recursos de FONTV asignados no ejecutados de la cuenta 1470-Otros Deudores. 5. Operaciones Recíprocas. Los saldos de las subcuentas 240315-Otras transferencias y 141314-Otras transferencias deben ser reportados como operaciones recíprocas entre la ANTV y los operadores públicos del servicio de televisión, respectivamente. De igual manera, la ANTV deberá reportar el saldo de la subcuenta 147089-Recursos de FONTV asignados no ejecutados, y los operadores públicos del servicio de televisión deberán reportar el saldo de la subcuenta 249024- Recursos de FONTV recibidos no ejecutados”.

405 Régimen de Contabilidad Pública, Libro I, Contaduría General de la Nación, 2014, p. 42.

406 “Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal 2016, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”.

407 “Las apropiaciones incluidas en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2016 se clasifican en la siguiente forma: A –Funcionamiento 1. Gastos de personal 1.1. Servicios personales asociados a la nómina 1.1.1. Sueldos de personal de nómina 1.1.2. Horas extras, días festivos e indemnización por vacaciones 1.1 Prima técnica

1.1.4. Otros gastos por servicios personales 1.2. Servicios personales indirectos 1.3. Contribuciones inherentes a la nómina al sector privado y público 2. Gastos generales 2.1. Adquisición de bienes y servicios 2.2. Impuestos y multas 3. Transferencias corrientes 4. Transferencias de capital 5. Gastos comercialización y producción B- Servicio de la deuda pública C- Inversión”.

que corresponden a: “[A]portes a órganos y entidades para gastos de capital y la capitalización del ente receptor”<sup>408</sup>.

A su vez, las transferencias corrientes:

*“Son recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales o internacionales, públicas o privadas, con fundamento en un mandato legal. De igual forma, involucra las apropiaciones destinadas a la previsión y seguridad social, cuando el órgano asume directamente la atención de la misma.*

*La Dirección General del Presupuesto Público Nacional definirá en el Plan de Cuentas la desagregación a que haya lugar.”*<sup>409</sup>

Aplicando la definición anterior al caso de objeto de estudio, encuentra la Sala que los recursos que traslada la ANTV a la RTVC para su operación y funcionamiento son transferencias corrientes, pues se trata de recursos entregados por un órgano, la ANTV, a una entidad nacional, la RTVC, en virtud o como consecuencia de lo ordenado por una disposición legal, esto es, los artículos 16<sup>410</sup> y 18<sup>411</sup> de la Ley 1507 de 2012.

Es importante destacar que esta conclusión es concordante con la adoptada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el concepto No. 2-2015-049390 del 15 de diciembre de 2015, en el cuál se señaló:

*“En este hilo conductor, el 60% de sus recursos para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, se deben incluir en el Presupuesto de la ANTV como una “transferencia corriente”, por tratarse de recursos que deben transferirse en cumplimiento de un mandato legal”*<sup>412</sup>.

408 Decreto 2550 de 2015, artículo 39.

409 Esta misma definición fue adoptada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la obra “Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano”, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011, pp. 258. Igualmente, el Ministerio divide las transferencias corrientes así: “Las transferencias corrientes se clasifican de la siguiente manera: 2.1.3.1 Transferencias por convenios con el sector privado. Estas transferencias corresponden a las apropiaciones que los órganos desarrollan en cumplimiento de sus funciones a través de convenios con entidades privadas. 2.1.3.2. Transferencias al sector público. Estas transferencias corresponden a las apropiaciones que los órganos destinan con fundamento en un mandato legal a entidades públicas del orden nacional o regional, o a empresas públicas financieras o no financieras o a otras entidades públicas del orden territorial, para que desarrollen un fin específico. 2.1.3.3. Transferencias al exterior. Son recursos que transfieren los órganos a organismos y entidades internacionales, con fundamento en los convenios suscritos por el Gobierno y aprobados por el Congreso. 2.1.3.4. Transferencias de previsión y seguridad social. De acuerdo al objeto del gasto se clasifican, entre otras, así: 2.1.3.4.1. Pensiones y jubilaciones: Son los pagos por concepto de nóminas de pensionados y jubilados, incluidas las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, que los órganos hacen directamente, en los términos señalados en las normas legales vigentes. 2.1.3.4.2. Cesantías: son los pagos por concepto de cesantías que los órganos hacen directamente al personal, conforme al régimen especial que le señale la ley o la norma legal que lo sustenta. 2.1.3.4.3. Otras transferencias de previsión y seguridad social: Comprende las transferencias que las entidades de previsión social hacen al Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a las cuentas de solidaridad, seguros de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, conforme a los lineamientos señalados en la Ley 100 de 1993. Igualmente, comprende los gastos por servicios médicos que las entidades deben hacer cuando tienen la obligación de prestar directamente este servicio, de acuerdo a la norma legal que lo rige. 2.1.3.5. Otras transferencias. Son recursos que transfieren los órganos a personas naturales o jurídicas, con fundamento en un mandato legal, que no se pueden clasificar en las anteriores subcuentas de transferencias corrientes. En este rubro se incluyen las transferencias destinadas a sentencias y conciliaciones, Fondo de Compensación Interministerial, y destinatarios de otras transferencias corrientes”. Ibidem, pp. 258-259.

410 “Créase el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos como una cuenta especial a cargo de la ANTV. El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV”.

411 “El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente, como mínimo, el 60% de sus recursos para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión. En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC. (...)”.

412 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Concepto No. 2-2015-049390 del 15 de diciembre de 2015, p. 7.

## 2. La derogatoria de los artículos 44 y 62 de la Ley 182 de 1995 en virtud del artículo 23 de la Ley 1507 de 2012

El régimen del servicio público de televisión se encuentra regulado principalmente<sup>413</sup> por las Leyes 182 de 1995<sup>414</sup> y 1507 de 2012<sup>415</sup>. Justamente, respecto a estas normas, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pregunta a la Sala si los artículos 44 y 62 de la Ley 182 de 1995 fueron derogados por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012, disposición que establece:

*“La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el literal 1 del artículo 5 y el inciso segundo del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, en cuanto a la vinculación de los canales regionales a la Comisión Nacional de Televisión”.*

En esta dirección, pasa la Sala a responder el interrogante planteado en la consulta, sobre la base de analizar si los artículos 44 y 62 de la Ley 182 de 1995 perdieron vigencia por ser contrarios a los mandatos de la Ley 1507 de 2012.

### a) El artículo 44 de la Ley 182 de 1995

El artículo 44 de la Ley 182 de 1995, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 335 de 1996 y se encuentra dentro del capítulo denominado “De la Televisión por suscripción”, estableció lo siguiente:

*“Las personas públicas o privadas que sean licenciatarios de los servicios de valor agregado y telemáticos y que se encuentren en consecuencia autorizados para prestar legalmente servicios de telecomunicaciones, podrán operar, en concurrencia, el servicio de la televisión por cable, a través del procedimiento de licitación pública por la Comisión Nacional de Televisión, sujetándose a las normas previstas en la presente ley y deberán cancelar*

413 Es importante señalar que el servicio público de televisión no se encuentra regulado en principio por la Ley 1341 de 2009, en atención a que el párrafo del artículo 2º de dicha ley establece que la televisión seguirá rigiéndose por las normas especiales que la regulan: “El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley”.

414 “Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El párrafo del artículo 2º; la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3º; el inciso 4º del artículo 13, el artículo 22; el numeral 1 y el párrafo 1º del artículo 24; el inciso 2º del numeral 15, el numeral 19 y la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, el numeral 11 del artículo 30, el artículo 36, el párrafo del artículo 39 y el inciso 1º del artículo 60, con excepción de la expresión “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación” el artículo 61 y las expresiones “concurso” y “términos de referencia” incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”. También se derogan las siguientes disposiciones: El párrafo 2º del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 de la Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley. Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública solo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación”. Ley 1150 de 2007, artículo 32.

415 “Objeto, finalidad y alcance de la ley. En cumplimiento de lo ordenado por el artículo tercero del Acto Legislativo número 02 de 2011, la presente ley teniendo en cuenta que la televisión es un servicio público de competencia de la Nación en el que se encuentran comprendidos derechos y libertades de las personas involucradas en el servicio de televisión, el interés general, el principio de legalidad, el cumplimiento de los fines y deberes estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de los contenidos y demás preceptos del ordenamiento jurídico, define la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión y adopta las medidas pertinentes para su cabal cumplimiento, en concordancia con las funciones previstas en las Leyes 182 de 1995, 1341 de 2009 y el Decreto-ley 4169 de 2011”. Ibidem, artículo 1º.

*adicionalmente las tasas y tarifas que fije la Comisión para los operadores de televisión por suscripción por cable.*

*Parágrafo. Las tasas y tarifas que por este concepto se recauden provenientes de las empresas públicas de telecomunicaciones, serán transferidas al canal regional que opere en el respectivo ente territorial*<sup>416</sup>.

Como puede observarse, esta disposición disciplina tres aspectos en particular:

- i) La posibilidad de que personas públicas y privadas que se encuentran autorizadas para prestar los servicios de telecomunicaciones, puedan operar en concurrencia el servicio de televisión de suscripción por cable, sujetos a un procedimiento de licitación pública.
- ii) En caso de que los sujetos anteriores entren a operar el referido servicio, deben en todo caso pagar las tasas y tarifas que cancelan los operadores de televisión por suscripción por cable.
- iii) Las tasas y tarifas que por dicho concepto sean pagadas por empresas públicas de telecomunicaciones, según el parágrafo de la norma, deben transferirse al canal regional que opere en el respectivo ente territorial.

Dentro de este marco, encuentra la Sala que aunque ha cambiado la modalidad en la cual se autoriza la prestación de los servicios de telecomunicaciones, pasando de un sistema de “licenciatarios” autorizados, a uno de proveedores habilitados para la prestación de este servicio<sup>417</sup>, no existe norma en la Ley 1507 de 2012 que haya eliminado o vaya en contravía de la posibilidad de que los prestadores de servicios de telecomunicaciones puedan operar en concurrencia el servicio de televisión por cable.

<sup>416</sup> La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-711 de 1996, concluyó que el propósito perseguido por el legislador con esta disposición era: “[P]ermidir expresamente que aquellas personas, públicas o privadas, licenciatarias de los servicios de valor agregado y telemáticos, que legalmente autorizadas se encuentren prestando servicios de telecomunicaciones, puedan, paralelamente, en concurrencia, operar el servicio de televisión por cable, siempre y cuando llegaren a resultar favorecidas en los respectivos procesos de licitación pública que para el efecto adelante la Comisión Nacional de Televisión, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y en los correspondientes procesos licitatorios, y del consignado en el artículo impugnado, como también, se reitera, podrán hacerlo todas aquellas personas jurídicas concesionarias de otros servicios de telecomunicaciones, las cuales podrán aspirar a operar televisión por cable, en concurrencia con el servicio cuya concesión hayan obtenido previamente, siempre y cuando ello no implique la conformación de monopolios, prohibidos expresamente por el Constituyente a través del artículo 75 de la C. P.”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de diciembre de 1996, C-711/96.

<sup>417</sup> El artículo 4º del Decreto Ley 1900 de 1990 señalaba: “Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto”. Asimismo, el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 indicaba: “Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”. Sin embargo, la Ley 1341 de 2009 estableció la derogación de estas normas al disponer en su 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 1”, 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 la 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. (...)”. En esta dirección, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 determina: “Habilitación general. A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico”. De esta suerte, hoy en día, con excepción de los operadores sujetos al régimen de transición de la Ley 1341 de 2009, no existen, como lo establece el artículo 44 de la Ley 182 de 1995, “licenciatarios” autorizados para prestar legalmente servicios de telecomunicaciones, sino proveedores habilitados para la prestación de este servicio.

Igualmente, la Ley 1507 de 2012 no se refirió a la obligación de que los señalados prestadores deban someterse al proceso de licitación pública, así como tampoco, a la condición de pagar las tasas y tarifas que deben cancelar comúnmente los operadores de la televisión por suscripción por cable. Por lo tanto, es posible afirmar que estos asuntos no fueron derogados por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012.

Ahora bien, en donde sí encuentra la Sala que ha operado el fenómeno de la derogatoria como consecuencia de la expedición de la Ley 1507 de 2012, es en cuanto al parágrafo del artículo 44 de la Ley 182 de 1995. En relación a este punto, la ANTV, en el documento titulado “Reglamentación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV)”, realizó las siguientes observaciones:

- a) A través del Acto Legislativo No. 2 de 2011 se estableció una nueva concepción del servicio público de televisión, lo cual motivó la expedición de la Ley 1507 de 2012. Esta Ley: i) ordenó la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión, ii) distribuyó entre varias entidades las competencias que la Comisión tenía a su cargo, iii) creó la ANTV y iv) modificó la forma y el proceso para distribuir los recursos del FONTV.

En consecuencia, la intención del legislador no se limitó simplemente a cambiar la denominación de la autoridad máxima en materia de la prestación del servicio de televisión, sino que buscó modificar la relación de dicha autoridad con las entidades estatales relacionadas con el sector y los operadores del servicio. Asimismo, pretendió que los recursos fueran utilizados en la inversión y mejoramiento de los contenidos. De esta forma, se quiso que el diseño institucional se ajustara al nuevo modelo de televisión del país<sup>418</sup>.

- b) La Ley 1507 de 2012 modificó, y por tanto derogó<sup>419</sup>, la forma y los procedimientos establecidos en la Ley 182 de 1995 para asignar y distribuir los recursos<sup>420</sup>.

Así, el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012 ordenó que al menos el 60% de los recursos del FONTV se destinaran anualmente al fortalecimiento de los operadores públicos del servi-

418 “Con la expedición del Acto Legislativo No. 2 de 2011 se estableció una nueva forma de entender la prestación del servicio público de televisión. En esta reforma constitucional se derogó el artículo 76 (relacionado con las características de la Comisión Nacional de Televisión) y, se modificó el artículo 77 estableciendo una competencia legislativa para regular la política pública de televisión. En virtud de esta reforma, el Congreso expidió la Ley 1507 de 2012. En esta ley se ordena la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión, se reparten entre varias entidades estatales las competencias que venía desempeñando esa entidad, se crea una nueva Agencia Estatal encargada de determinar la política pública en televisión -Autoridad Nacional de Televisión- y, por otro lado, se modifica la forma y el proceso de distribución de los recursos. Lo anterior denota que no era la intención del legislador el simple cambio de nominación de la máxima autoridad de la prestación del servicio de televisión en Colombia - Comisión Nacional de Televisión-, sino que perseguía modificar las relaciones entre la Autoridad Nacional de Televisión con las demás entidades estatales relacionadas con el sector y todos los operadores del servicio. Así como circunscribir el uso de los recursos para la inversión y mejoramiento de contenidos. Todo ello con el propósito de ajustar el diseño institucional para la implementación del nuevo modelo de televisión del país”. Autoridad Nacional de Televisión, Reglamentación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV). Documento soporte. 2013, p. 10.

419 “La Ley 1507 de 2012 derogó las anteriores formas de distribución de los recursos establecidas en la Ley 182 de 1995 y leyes modificatorias e impone una nueva metodología que guarda armonía con las reglas del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos”. *Ibidem*.

420 “Dicha reglamentación resulta necesaria por las modificaciones introducidas al marco normativo que cobija el servicio público de la televisión, en particular el Acto Legislativo No. 2 de 2011 y la Ley 1507 de 2012. Esta ley modifica la forma de asignación de los recursos contemplada en la Ley 182 de 1995 y leyes modificatorias, por lo que resulta necesario expedir una nueva reglamentación acorde al nuevo marco normativo. (...) Con base en lo anterior, la Ley 1507 de 2012 deroga las anteriores formas de distribución de los recursos e impone una nueva metodología al respecto que guarde una armonía con las reglas del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos. Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012, en relación con la distribución de los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, establece se hará a través de giros anuales y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que expida la Autoridad Nacional de Televisión. Con base en lo anterior se concluye que la Ley 1507 de 2012 modifica y unifica la forma de asignación de recursos que establecía la Ley 182 de 1995 y demás leyes modificatorias. Razón por la cual, la figura de las transferencias contemplada en la Ley 182 de 1995 y sus modificatorias, ha sido derogada por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012”. *Ibidem*, pp. 9-12.

cio de televisión. Adicionalmente, determinó que la distribución de dichos dineros ya no debía realizarse trimestralmente ni en atención a las tasas y tarifas recibidas<sup>421</sup>.

En consecuencia, las transferencias establecidas en el párrafo 44 de la Ley 182 de 1995 no se ajustan a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012, pues esta última disposición determinó una nueva forma para distribuir los recursos del FONTV entre los operadores del servicio de televisión. En esta dirección señaló la ANTV:

*“Las transferencias de recursos establecidas en el párrafo 44 de la Ley 182 de 1995 (...) no encajan con el tenor literal de la Distribución de los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012, en la medida que este último precepto establece una nueva forma de reparto de los recursos de dicho Fondo entre los operadores públicos del servicio de televisión.”<sup>422</sup>*

La Sala comparte la conclusión de la ANTV referente a que en virtud de la expedición de la Ley 1507 de 2012, el párrafo del artículo 44 de la Ley 182 de 1995 fue derogado en atención a que el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) responde a un modelo distinto al establecido por la Ley 182 de 1995. En efecto, el FONTV se diferencia del fondo del artículo 17 de la Ley 182 de 1995 respecto a su: i) denominación, ii) finalidad, iii) beneficiarios y iv) forma de distribución. Se explican a continuación cada uno de estos elementos.

*a. Denominación:* Mientras la cuenta especial de la Ley 182 de 1995 se llamaba “Fondo para el Desarrollo de la Televisión”, la correspondiente a la Ley 1507 de 2012 se denomina “Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos” (FONTV).

*b. Finalidad:* El Fondo regulado por la Ley 182 de 1995 tenía como propósitos fortalecer a los operadores públicos del servicio de televisión y la programación cultural a cargo del Estado<sup>423</sup>.

Por su parte, el FONTV, pretende, además de lo anterior, apoyar los contenidos de televisión de interés público desarrollados por operadores sin ánimo de lucro, asistir los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recep-

421 “De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012, del 100% de los recursos del Fondo, como mínimo el 60% deberá destinarse anualmente para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión. Lo que necesariamente impone una nueva forma de entender la distribución de los recursos en tiempo, condiciones y modo distintos a las reglas establecidas con anterioridad a 2012. No solo ya no se hará trimestralmente al operador público nacional de televisión como lo imponía el artículo 62, ni en razón de las tasas y tarifas recibidas como lo disponía el artículo 44, sino que es necesario establecer una nueva metodología de giro de los recursos que guarde estrecha concordancia con lo dispuesto en el capítulo II del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (artículos 16 a 23 de la Ley 1507 de 2012)”. *Ibidem*, p. 12.

422 *Ibidem*, p. 11.

423 “De la promoción de la televisión pública. La Comisión Nacional de Televisión efectuará el recaudo de las sumas a que tiene derecho y llevará su contabilidad detalladamente. Una vez hecha la reserva prevista en esta Ley para absorber sus pérdidas eventuales, un porcentaje de las utilidades de cada ejercicio se depositará en un fondo denominado “Fondo para el Desarrollo de la Televisión”, constituido como cuenta especial en los términos del artículo 2º. del Decreto 3130 de 1968, adscrito y administrado por la Comisión, el cual se invertirá prioritariamente en el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión y en la programación cultural a cargo del Estado, con el propósito de garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para el servicio de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio”. Ley 182 de 1995, artículo 17.



ción de la televisión digital terrestre radiodifundida<sup>424</sup> y financiar el funcionamiento de la Autoridad Nacional de Televisión<sup>425</sup>.

c. *Beneficiarios*: Eran beneficiarios del fondo de la Ley 182 de 1995 el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) y las Organizaciones Regionales de Televisión (canales regionales de televisión)<sup>426</sup>.

En el caso de FONTV, teniendo en cuenta sus nuevos propósitos y los mandatos de la Ley 1507 de 2012, el número de beneficiarios aumentan. Así, tienen dicha calidad los operadores públicos de televisión abierta radiodifundida, los operadores de televisión sin ánimo de lucro, la ANTV, la Comisión de Regulación de las Comunicaciones<sup>427</sup> y la Caja Social de Previsión Social de Comunicaciones<sup>428</sup>, hoy en liquidación<sup>429</sup>.

d. *Forma de distribución de los recursos*: En lo que respecta a esta materia, la Ley 1507 de 2012 estableció importantes modificaciones. Así, mientras la Ley 182 de 1995 guardaba silencio frente a la forma de distribuir los recursos del fondo, la Ley 1507 de 2012 sí determinó en su artículo 18 una norma específica para regular este asunto.

En este sentido indica la referida disposición:

*“Distribución de los recursos del fondo. El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente, como mínimo, el 60% de sus recursos para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión.*

424 “(...) Todos los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, serán destinados a la financiación de la operación, cobertura y fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida; financiar, fomentar, apoyar y estimular los planes, programas y proyectos orientados a la promoción de contenidos audiovisuales y apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la televisión digital terrestre radiodifundida. (...)”. Ley 1507 de 2012, artículo 18.

425 “El objeto del Fondo es el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión, la financiación de programación educativa y cultural a cargo del Estado y el apoyo a los contenidos de televisión de interés público desarrollado por operadores sin ánimo de lucro además de financiar el funcionamiento de la ANTV”. Ley 1507 de 2012, artículo 16.

426 El artículo 7º del Acuerdo 001 de 2002 (“por medio del cual se reglamenta el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, el procedimiento para la asignación de recursos del Fondo y el Banco de Proyectos de la Comisión Nacional de Televisión”) señalaba: “Las siguientes entidades serán beneficiarias de los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión: 1. El Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) 2. Las Organizaciones Regionales de Televisión (Canales Regionales de Televisión); Parágrafo. Para tener acceso a recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión, las entidades del Estado que incluyan dentro de su objeto la producción de televisión de carácter educativo y cultural, deberán asociarse para la presentación del respectivo proyecto, con Inravisión o con una organización regional de televisión. En este caso los recursos se asignarán y entregarán al operador público”.

427 “Distribución de funciones en materia de regulación del servicio de televisión. La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) a que se refiere la Ley 1341 de 2009 ejercerá en relación con los servicios de televisión, además de las funciones que le atribuye dicha Ley, las que asignaban a la Comisión Nacional de Televisión el Parágrafo del artículo 18, el literal a) del artículo 20, y el literal c) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, con excepción de los aspectos relacionados con la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos y expansión progresiva del área asignada, y de los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización, que corresponden a la ANTV. En particular, la CRC tendrá la función de establecer las prohibiciones a que se refiere el artículo 53 de la Ley 182 de 1995, salvo cuando se relacionen con conductas que atenten contra el pluralismo informativo, caso en el cual tales prohibiciones serán establecidas por la ANTV. Para el caso de los operadores del servicio de televisión, el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos transferirá a la CRC el equivalente a la contribución por regulación a que se refieren el artículo 24 de la Ley 1341 de 2009 y artículo 11 de la Ley 1369 del mismo año, o las normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan”. Ley 1507 de 2012, artículo 12.

428 “Pasivo pensional de ex trabajadores de Inravisión. El pago de todas las obligaciones pensionales legales, convencionales, plan anticipado de pensiones, bonos pensionales, cuotas partes pensionales, auxilios funerarios, indemnizaciones sustitutas, y demás emolumentos a que haya lugar, a favor de los ex trabajadores del Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión), hoy liquidado, será asumido por parte de Caprecom en una proporción equivalente a la del valor del pasivo pensional que representen los recursos trasladados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones para este efecto, derivados, de la asignación de los permisos para uso de las frecuencias liberadas con ocasión de la transición de la televisión analógica a la digital. Los pagos que no sean asumidos por Caprecom continuarán a cargo del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos”. Ibidem, artículo 19.

429 “Serán beneficiarios de los recursos del FONTV los siguientes: 1. Los operadores públicos de televisión abierta radiodifundida. 2. Los operadores de televisión sin ánimo de lucro, en los términos que disponga la ANTV. 3. La ANTV. 4. La Comisión de Regulación de las Comunicaciones, en los términos establecidos en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 1507 de 2012. 5. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1507 de 2012”. ANTV, Resolución 292 de 2013, artículo 7.

En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC.

*Sin perjuicio de lo previsto en los incisos anteriores, el Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FONTIC) destinará al Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, para el fortalecimiento de la televisión pública y los contenidos digitales y audiovisuales como mínimo el 10% de los ingresos derivados de la asignación de los permisos para uso de las frecuencias liberadas con ocasión de la transición de la televisión análoga a la digital.*

*El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente para cubrir los gastos de funcionamiento de la ANTV, como máximo el equivalente a 0,3% de los ingresos brutos generados por la industria abierta y cerrada independientemente de la modalidad de prestación durante el año inmediatamente anterior al del cálculo que para el efecto realizará cada año el mencionado fondo.*

*Todos los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, serán destinados a la financiación de la operación, cobertura y fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida; financiar, fomentar, apoyar y estimular los planes, programas y proyectos orientados a la promoción de contenidos audiovisuales y apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la televisión digital terrestre radiodifundida.*

*En caso de ser necesario la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, transferirá al Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, los recursos suficientes para que pueda cumplir con el pago de las acreencias que se reciban o resultaren del proceso liquidatorio de la Comisión Nacional de Televisión y que deben ser asumidas por la ANTV y el Fondo en mención. (...)*

Dentro de las reglas que fijó esta norma para realizar la distribución de los recursos del fondo se destacan las siguientes:

- i) La fijación de un porcentaje mínimo de los recursos que deben destinarse a fortalecer a los operadores del servicio de televisión.
- ii) El giro de los recursos a los operadores de forma anual.
- iii) La prohibición de utilizar los recursos para gastos de funcionamiento, con excepción del caso de la RTVC, y
- iv) La obligación de que la totalidad de los ingresos percibidos por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en todas sus modalidades, se destinen a los fines señalados en su inciso 5°.

En relación a este último punto, es importante destacar que el inciso establece una regla general para la distribución de los recursos, que no toma en consideración si estos fueron pagados por empresas públicas de telecomunicaciones, ni ordena que deban entregarse exclusivamente a los canales regionales de los entes territoriales. Por el contrario, la disposición se refiere de forma general a “[t]odos los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades” y a “la financiación de la operación, cobertura y fortalecimiento de la televisión pública”.

Por su parte, a nivel reglamentario, otro aspecto que refleja un cambio profundo en el modelo de distribución de los recursos, es la metodología para su entrega. Así, mientras en la regulación anterior los recursos eran adjudicados a proyectos que estuvieran registrados en un banco de proyectos<sup>430</sup>, en el nuevo esquema la ANTV informa a cada operador público el valor de los recursos que le serán asignados, y estos, con base en dicha información, deben presentar un plan de inversión<sup>431</sup>.

Finalmente debe destacarse que la Ley 1507 de 2012 fue promulgada dentro de un proceso de cambio estructural del servicio público de televisión, que inició con la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2011, en cuya exposición de motivos se señaló:

*“Lo anterior demuestra que las disposiciones constitucionales fueron establecidas en un momento histórico diferente, hoy estamos frente a una nueva realidad tecnológica y frente a nuevas formas de comunicación. Esta nueva realidad es inherentemente dinámica y evolutiva permanentemente.*

*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, ha constituido un avance significativo para la adaptación del marco legal a la realidad tecnológica y de mercado señalada anteriormente. Sin embargo, es indispensable que la nueva realidad tecnológica y de mercado en lo que compete a los contenidos audiovisuales se incorpore a este nuevo marco normativo convergente de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).*

*Por ello, es indispensable proveer al Congreso de la República de la flexibilidad requerida para que mantenga un marco legal vigente acorde a la realidad convergente de los contenidos audiovisuales y el acceso a los mismos por parte de los ciudadanos, y que se ajuste a las realidades tecnológicas y de mercado con el propósito de que estas tecnologías contribuyan a cerrar las brechas sociales y a mejorar la competitividad y la productividad del país”.*

<sup>430</sup> “Los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión se asignarán únicamente a los proyectos debidamente registrados en el Banco de Proyectos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión, mediante resolución motivada adoptada por la Junta Directiva”. Acuerdo 001 de 2002, artículo 10. “Expedida la resolución de asignación de los recursos para la financiación de proyectos, se procederá a la celebración del convenio interadministrativo correspondiente entre la entidad beneficiaria y la Comisión Nacional de Televisión. El respectivo proyecto hará parte integrante del convenio en los términos aprobados por la Junta de la Comisión Nacional de Televisión”. Ibidem, artículo 11. “El Banco de Proyectos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión, es un conjunto de proyectos señalados como viables, debidamente registrados y sistematizados en los términos de la evaluación social técnica y económica efectuada por la Comisión Nacional de Televisión, y ajustados al capítulo de la Televisión Pública del Plan para el Desarrollo de la Televisión y/o a las políticas adoptadas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. El registro es un requisito indispensable para que un proyecto sea objeto de asignación de recursos del Fondo, sin que ello implique obligatoriedad alguna de la Comisión Nacional de Televisión en tal sentido”. Ibidem, artículo 13.

<sup>431</sup> “A más tardar el último día hábil del mes de octubre, la Autoridad Nacional de Televisión informará a cada operador público el monto que se asignará para la siguiente vigencia. Con base en este monto, cada operador deberá presentar, a más tardar el último día hábil del mes de noviembre, el plan de inversión de los recursos y el acto administrativo de asignación de recursos lo expedirá la ANTV durante el mes de enero de la correspondiente vigencia. (...)”. Resolución 292 de 2013, artículo 11.

La exigencia de un nuevo modelo de televisión fue igualmente reconocida en la exposición de motivos de la Ley 1507 de 2012, en la cual se indicó:

*“Con fundamento en lo anterior, el Proyecto de Ley estructurado por el Gobierno nacional con el objetivo de dar cumplimiento al mandato de la Carta Política presenta en su articulado la propuesta de distribución de las funciones actualmente a cargo de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), de acuerdo con un criterio que, como se verá más adelante, hace de esa distribución la más adecuada para el modelo de regulación convergente que requiere el servicio de televisión y que inspiró la aprobación del Acto Legislativo número 02 de 2011.*

*El Congreso de la República fue responsable y prudente en la discusión y aprobación del Acto Legislativo que eliminó el rango constitucional de la CNTV, pues previó la necesidad de dos leyes diferentes: 1. La que defina la distribución de competencias que actualmente tiene la CNTV - artículo 3º - (para la que se fijó un plazo de seis meses). 2. La que fije la política de un nuevo modelo de televisión para el país -artículo 2º- (para la que no se fijó un plazo específico).*

*Por ello, tal y como lo tiene previsto actualmente la reforma constitucional del Acto Legislativo número 02 de 2011, este trascendental proceso debe surtirse en dos momentos. Un primer momento en el que se defina la distribución de las funciones actualmente a cargo de la CNTV y un segundo momento en el que se genere un amplio escenario de discusión para definir la nueva política del modelo de televisión, sin perjuicio de que en el primer escenario se establezcan disposiciones íntimamente relacionadas con la respectiva función objeto de redistribución. (...)*

*Para ello, se propone la adopción de cuatro disposiciones legales orientadas a aumentar significativamente los recursos para el fortalecimiento de la televisión pública y superar hasta donde sea posible las deficiencias del modelo actual”.*

Por consiguiente, concluye la Sala que el párrafo del artículo 44 de la Ley 182 de 1995 fue derogado por la Ley 1507 de 2012, pues esta última estableció una nueva forma y metodología para distribuir los recursos destinados al desarrollo de la televisión.

#### **b) El artículo 62 de la Ley 182 de 1995**

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones consulta también a la Sala si el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012 derogó el artículo 62 de la Ley 182 de 1995, disposición que fue modificada por el artículo 16 de la Ley 335 de 1996 y que señala:

*“El Instituto Nacional de Radio y Televisión es una sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa Industrial y Comercial del Estado conformada por la Nación, a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura. Tendrá como objeto la operación del servicio público de la Radio Nacional y Televisión. Así mismo corresponde a Inra-visión la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la Televisión Cultural y Educativa en los términos de la presente ley.*

*Inravisión tendrá autonomía presupuestal y administrativa de acuerdo con su naturaleza jurídica, y en desarrollo de su objeto social podrá constituir entre sí o con otras personas naturales jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación y autorización y a sus respectivos estatutos.*

*El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquel que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión.*

*Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior.*

*En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto.*

*Trimestralmente la CNTV enviará a las honorables Comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación pormenorizada de las transferencias. Si las honorables Comisiones encontrasen que las transferencias materia de este artículo no fuesen suficientes, procederá a ejercer sobre la Comisión Nacional de Televisión el respectivo control político.*

*La Señal del Canal Cultural, Educativo y Recreativo del Estado o Señal Colombia de Inravisión, será de carácter y cubrimiento nacional en las bandas que ofrezcan las mejores condiciones técnicas de calidad y cubrimiento.*

*Salvo el Director Ejecutivo, el Secretario General, los Subdirectores, los Jefes de Oficina y de División, los demás funcionarios seguirán como trabajadores oficiales y gozarán del amparo que la Constitución y la presente ley les otorga.*

*Los ingresos percibidos por Inravisión de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991, se destinarán a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público.*

*Parágrafo 1º. Inravisión será el responsable de determinar la programación del Canal de Interés Público o Señal Colombia.*

*Parágrafo 2º. Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente.*

*Previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 182 de 1995, la CNTV teniendo en cuenta los estu-*

*dios pertinentes, decidirá el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley, previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones”.*

Con el propósito de determinar si esta disposición fue derogada por la Ley 1507 de 2012, es necesario realizar su estudio teniendo en cuenta cada uno de los asuntos regulados por ella.

Así, en primera instancia, el artículo 62 norma un conjunto de materias relacionadas con Inravisión, tales como: i) su naturaleza jurídica, patrimonio y vinculación de funcionarios, ii) sus funciones, iii) las transferencias realizadas por la Comisión Nacional de Televisión, y iv) los ingresos percibidos de conformidad con el artículo 21 de la Ley 14 de 1991.

De igual forma, el artículo 62 también se refiere a: i) la obligación de los concesionarios de canales de televisión de operación privada de destinar el 1.5% de su facturación anual al Fondo de desarrollo de la televisión pública, ii) la Señal del Canal Cultural, Educativo y Recreativo del Estado y iii) el reordenamiento del espectro electromagnético por parte de la CNTV.

Bajo este panorama, procede la Sala a revisar cada uno de estos asuntos para establecer si perdieron su vigencia por contrariar los mandatos de la Ley 1507 de 2012:

*1. La naturaleza jurídica, patrimonio y vinculación de los funcionarios de Inravisión:* Estas materias no fueron objeto de regulación por parte de la Ley 1507 de 2012, lo cual es razonable teniendo en cuenta que el Decreto 3550 de 2004<sup>432</sup> suprimió y ordenó la liquidación del Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión)<sup>433</sup>.

*2. Las funciones de Inravisión:* La Ley 1507 de 2012 tampoco se refirió a las funciones de esta entidad relativas a la operación del servicio público de la radio nacional y televisión y la determinación de la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la televisión cultural y educativa. Sin embargo, debe señalarse que estas fueron asumidas por la RTVC en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 3550 de 2004<sup>434</sup>.

*3. La obligación de los concesionarios de canales de televisión de operación privada de destinar el 1.5% de su facturación anual al Fondo de desarrollo de la televisión pública:* La Ley 1507 de 2012 no hizo referencia a esta obligación contenida en el artículo 62 de la

432 “Por el cual se suprime el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) y se ordena su disolución y liquidación”.

433 “Supresión, disolución y liquidación. Suprímese el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) creado mediante Decreto 3267 del 20 de diciembre de 1963 como establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones, transformado por la Ley 42 de 1985 como entidad asociativa de carácter especial y posteriormente por la Ley 182 de 1995 transformada en sociedad entre entidades públicas, organizada como empresa industrial y comercial del Estado, naturaleza esta conservada por la Ley 335 de 1996. En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, el Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) entrará en proceso de disolución y liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión en Liquidación). Para efectos de la liquidación del Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión) en los aspectos no contemplados por el presente decreto, se aplicará lo señalado en el Decreto-ley 254 de 2000 y en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad, lo pertinente en las disposiciones sobre liquidación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio”. Decreto 3550 de 2004, artículo 1º.

434 “Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo y con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, mediante el presente decreto se transfieren al Gestor del servicio todas aquellas funciones asignadas por ley a Inravisión y que se precisen para la operación del servicio público de Televisión y Radio Nacional”.

Ley 182 de 1995, y en consecuencia, no puede considerarse como derogada en virtud del artículo 23. Asimismo, la vigencia de esta obligación se ve reflejada en la Resolución 292 de 2013, la cual estableció:

*“Los recursos del FONTV lo constituyen las siguientes fuentes: (...)”*

3. *El uno punto cinco por ciento (1,5%) de la facturación bruta anual de los concesionarios de los canales nacionales de operación privada, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 2º del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, que modificó el artículo 62 de la Ley 182 de 1995, o las normas que lo modifiquen”.*

4. *La Señal del Canal Cultural, Educativo y Recreativo del Estado:* La Ley 182 de 1995 determinó que la señal del canal cultural, educativo y recreativo del Estado tendrá carácter y cubrimiento nacional en las bandas que ofrezcan condiciones técnicas de calidad y cubrimiento, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Ley 1507 de 2012. Por consiguiente, no encuentra la Sala que este asunto haya sido derogado por la expedición de la normativa del año 2012.

5. *El reordenamiento del espectro electromagnético por parte de la CNTV:* El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 se refirió también al reordenamiento del espectro electromagnético por parte de la Comisión Nacional de Televisión. En relación a esta materia, considera la Sala que sí se presenta la figura de la derogatoria al expedirse la Ley 1507 de 2012, pues el artículo 15 de esta norma dispuso:

*“La intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Agencia Nacional del Espectro (ANE) de conformidad con lo determinado en la Ley 1341 de 2009 y el Decreto-ley 4169 de 2011. En particular, la ANE ejercerá las funciones previstas en los artículos 24, 26 y 27 de la Ley 182 de 1995. La ANTV será la encargada de asignar las frecuencias que previamente haya atribuido la Agencia Nacional del Espectro (ANE) para la operación del servicio de televisión”.*

Asimismo, el artículo 6º de la misma ley estableció como una de las funciones de la Junta Nacional de Televisión la de asignar el espectro radioeléctrico cuando a ello hubiera lugar<sup>435</sup>. De igual forma, el artículo 3º determinó que la ANTV tendría entre sus funciones la relativa a coordinar con la ANE los asuntos relacionados con la gestión, administración y control del espectro radio eléctrico<sup>436</sup>.

6. *Los ingresos derivados del artículo 21 de la Ley 14 de 1991:* El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 señala que los recursos que reciba Inravisión, hoy la RTVC, en virtud de lo ordena-

435 “Funciones de la Junta Nacional de Televisión. Son funciones de la Junta Nacional de Televisión: (...) e) Aprobar la prórroga de las concesiones para la prestación del servicio público de televisión, incluyendo la asignación de espectro radioeléctrico cuando aplique, así como las de las concesiones de espacios de televisión”.

436 “Funciones de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). De conformidad con los fines y principios establecidos en el artículo 2º de la Ley 182 de 1995, la ANTV ejercerá las siguientes funciones, con excepción de las consignadas en los artículos 10, 11, 12, 13, 14 y 15 de la presente ley: (...) c) Coordinar con la ANE los asuntos relativos a la gestión, administración y control del espectro radioeléctrico”.

do por el artículo 21 de la Ley 14 de 1991<sup>437</sup> deben destinarse a la promoción, modernización y fortalecimiento de los canales de interés público.

Para la Sala, esta disposición no fue derogada por la Ley 1507 de 2012, pues ninguna de las normas de esta última va en contravía o modifica lo dispuesto por ella.

*7. Las transferencias recibidas de la Comisión Nacional de Televisión:* El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 regula las transferencias que debía realizar la Comisión Nacional de Televisión a Inravisión. Así, frente a este punto en particular dispone la norma:

*“El patrimonio de Inravisión estará constituido entre otros por aquel que en la actualidad le corresponde por los aportes del presupuesto nacional y por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión.*

*Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior.*

*En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto.*

*Trimestralmente la CNTV enviará a las honorables Comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación pormenorizada de las transferencias. Si las honorables Comisiones encontrasen que las transferencias materia de este artículo no fuesen suficientes, procederá a ejercer sobre la Comisión Nacional de Televisión el respectivo control político”.*

De lo anterior, es posible identificar las siguientes reglas:

- i) La transferencia de los recursos debía realizarse cada cuarenta y cinco días.
- ii) Su valor no podía ser inferior en pesos constantes a lo transferido en el periodo inmediatamente anterior.
- iii) De los recursos provenientes de tasas, tarifas y derechos derivados de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como de los recursos recibidos por contratos y concesiones especiales previstas en la ley, la Comisión Nacional de Televisión debía transferir a Inravisión la cantidad “necesaria y suficiente” para que pudiera cumplir y desarrollar adecuadamente su objeto.

<sup>437</sup> El parágrafo del artículo 21 de la Ley 14 de 1991 establece: “El diez por ciento (10%) de los presupuestos publicitarios anuales de los organismos descentralizados se destinará, para los fines del presente artículo, distribuidos en la siguiente forma: el siete por ciento (7%) para el auspicio, colaboración o patrocinio de la cadena tres o canal cultural de Inravisión, y el tres por ciento (3%) para distribuirlo equitativamente entre las organizaciones regionales de televisión con destino a su programación cultural. Para efectos del presente artículo se entiende por organismos descentralizados los definidos en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1982 de 1974 o normas que lo reformen o adicionen. Estos organismos deberán dar estricto cumplimiento a lo aquí dispuesto en la ejecución de sus presupuestos publicitarios”.



iv) La CNTV debía enviar a las comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación detallada de las transferencias realizadas.

Frente a las transferencias del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, la ANTV señaló durante el proceso de discusión de la Resolución 292 de 2013 lo siguiente:

*“De lo anterior, es evidente que con la Ley 1507 de 2012 se modificó y unificó la forma de asignación de recursos que establecía la Ley 182 de 1995 y sus modificatorias, por lo cual la figura de transferencias a la que se refería esta última ley, en especial el artículo 62, quedó derogada conforme al artículo 23 de la Ley 1507 de 2012, y que, en cumplimiento de la citada ley, le corresponde a la Autoridad Nacional de Televisión expedir la reglamentación respectiva.*

*Por lo tanto, no se acoge la observación planteada por RTVC en relación con limitar la derogación de la Ley 182 de 1995 solamente a las referidas de manera expresa en el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012.*

*En relación con la observación sobre la no inclusión de las transferencias ordinarias obligatorias a RTVC ordenadas por el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a favor de RTVC por la acción de cumplimiento, según pronunciamiento del 20 de marzo de 2009, la Autoridad Nacional de Televisión se permite manifestar que, tal y como quedó indicado anteriormente, la Ley 1507 de 2012 modificó y unificó la forma de asignación de recursos que establecía la Ley 182 de 1995 y sus modificatorias, por lo cual la figura de transferencias a la que se refería el artículo 62 de esta última ley quedó derogada conforme al artículo 23 de la Ley 1507 de 2012, y no hay lugar a hacer un análisis a la sentencia citada por el observante, por cuanto la misma fue emitida en vigencia del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 y bajo otro esquema normativo.*

*Así mismo, en el inciso segundo del artículo 18 se establece que “en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC”. Como se observa, con esta salvedad no se está ordenando que el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos garantice “la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto”, sino que permite a RTVC destinar recursos para atender gastos de funcionamiento.*

*En consecuencia, no hay lugar a la inclusión en la reglamentación del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos de la obligación de realizar las transferencias ordinarias a RTVC establecidas en la Ley 182 de 1995<sup>438</sup>.*

Para la Sala, las transferencias a las que se refiere el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 fueron derogadas por la Ley 1507 de 2012, pues bajo la vigencia de esta última, los recursos que recibe la RTVC por parte de la ANTV para su operación y funcionamiento, son recursos que ahora provienen del FONTV y se distribuyen de acuerdo a los parámetros y metodología fijados para el efecto.

438 ANTV, Respuesta observaciones al proyecto de Reglamentación del FONTV. Documento de Desarrollo, 2013, pp. 75-76.

Si se adoptara una interpretación distinta, es decir, una que sostuviera la vigencia del artículo 62, se tendría que concluir que la RTVC recibe para su operación y funcionamiento recursos originados tanto en el artículo 62 de la Ley 182 de 1995, como del FONTV. A juicio de la Sala esta interpretación no parece posible, pues:

- i) De los artículos 18 de la Ley 1507 de 2012 y 6º, 10º y 11 de la Resolución 292 de 2013, se infiere razonablemente que la nueva normatividad buscó que la operación y funcionamiento de la RTVC se financiara con los recursos del FONTV.
- ii) Asimismo, el artículo 62 señalaba que los recursos que debían transferirse a Inravisión de forma suficiente y necesaria para que este pudiera cumplir de forma adecuada su objeto, eran las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos percibidos por contratos y concesiones especiales previstos en la ley. Actualmente, bajo la vigencia de la Ley 1507 de 2012, estos recursos hacen parte del FONTV, tal como se desprende del artículo 4º de la Resolución 292 de 2013<sup>439</sup>.

Ahora bien, a pesar de que la Ley 1507 de 2012 no hace referencia expresa a que la ANTV traslade a la RTVC los recursos suficientes y necesarios para que esta última pueda cumplir cabalmente su objeto, considera la Sala que los recursos del FONTV que la primera debe transferir a la segunda para su operación y funcionamiento, deben en todo caso ser suficientes para el efecto, teniendo en cuenta que, de otra forma, el cumplimiento y la consecución de los importantes fines y funciones que tiene esta última entidad a su cargo, como lo es la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la televisión cultural y educativa, así como la materialización de los artículos 7º, 8º, 70 y 209 (en relación al principio de eficacia) de la Constitución Política, se verían gravemente afectados, pues, ante la limitada actividad comercial que puede adelantar esta entidad, especialmente por la restricción que en materia de pauta comercial le es aplicable, los principales recursos con los que cuenta para su operación y funcionamiento son precisamente los que recibe de la Autoridad Nacional de Televisión.

Adicionalmente, considera la Sala relevante señalar la importancia de que los recursos que reciba la RTVC de la ANTV, para su operación y funcionamiento, le sean transferidos a tiempo de forma que los pueda utilizar para financiar dichas actividades durante los 365 días del año. De esta suerte, recomienda la Sala que se adopten los mecanismos y acciones necesarias para lograr este objetivo.

- iii) No se identifican elementos en la Ley 1507 de 2012 y en la Resolución 292 de 2013 que permitan concluir que estas buscaban o pretendían adicionar o complementar las fuentes de financiamiento de los recursos de la RTVC para su operación y funcionamiento.
- iv) Adicionalmente, el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 encontraba clara justificación antes de la promulgación de Ley 1507 de 2012, pues los recursos del antiguo “Fondo para

439 “En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto”.

el Desarrollo de la Televisión” no podían utilizarse para la operación y funcionamiento de Inravisión, en virtud de la prohibición expresa contenida en el artículo 9º del Acuerdo 001 de 2002<sup>440</sup>, la cual señalaba:

*“Tampoco serán objeto de financiación los gastos de funcionamiento, mantenimiento de equipos, o administración de los destinatarios de los recursos”*

Por lo tanto, ante la imposibilidad de destinar los recursos del Fondo de la Ley 182 de 1995 para la operación y funcionamiento de Inravisión, era necesario que esta obtuviera dichos recursos directamente de la Comisión Nacional de Televisión.

Ahora bien, al permitirse bajo la Ley 1507 de 2012 el uso de los recursos del Fondo para la operación y funcionamiento de la RTVC, es razonable pensar que el artículo 62 ha perdido su utilidad.

Finalmente, al provenir del FONTV los recursos para la operación y funcionamiento de la RTVC, debe entenderse que la metodología y las condiciones para la entrega de estos, son los dispuestos en la Ley 1507 de 2012 y la Resolución 292 de 2013. En esta dirección, debe concluirse que el artículo 62 de la Ley 182 de 1995 fue también derogado en lo relativo a que la transferencia de los recursos a Inravisión, hoy la RTVC, se lleve a cabo cada 45 días, pues de forma expresa la norma del año 2012 estableció la entrega anual de los mismos.

Por su parte, la condición de que el valor de las transferencias no puede ser inferior en pesos constantes a lo entregado en el periodo inmediatamente anterior, también fue derogada, pues a pesar de que la Ley 1507 de 2012 no hizo referencia de forma particular al asunto, debe aceptarse su eliminación ante la existencia de una nueva forma y metodología para realizar las transferencias de recursos del FONTV.

Finalmente, en lo que respecta a la obligación de la CNTV de enviar a las comisiones Sextas de Senado y Cámara de Representantes una relación detallada de las transferencias realizadas, la Ley 1507 de 2012 no se refirió a ella, y por consiguiente no podría concluirse que fue derogada por esta Ley. Con todo, esta función se encuentra hoy en día a cargo de la ANTV, pues el artículo 22 de la misma ley dispuso:

*“Las funciones de la Comisión Nacional de Televisión que no sean objeto de mención expresa en la presente ley, se entenderán transferidas a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)”<sup>441</sup>.*

En suma, el artículo 23 de la Ley 1507 de 2013 derogó los incisos 4º y 5º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, así como también el 2º inciso del parágrafo 2º de esta disposición.

440 “Por medio del cual se reglamenta el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, el procedimiento para la asignación de recursos del Fondo y el Banco de Proyectos de la Comisión Nacional de Televisión”.

441 Adicionalmente, el literal h) del artículo 3º de la Ley 1507 de 2012 establece como una de las funciones de ANTV atender los requerimientos y citaciones que el Congreso le solicite a través de las plenarios y Comisiones.

### 3) El control de la ANTV a los recursos del FONTV

Finalmente, se pregunta a la Sala sobre el tipo de control que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012<sup>442</sup>, debe la ANTV realizar a los recursos del FONTV.

Para responder a este interrogante se debe empezar por señalar que la Ley 1507 de 2012 y la Resolución 292 de 2013, establecieron una serie de mecanismos para controlar la adecuada utilización de los recursos del referido fondo. Así, el artículo 6° de la Ley 1507 de 2012 indicó:

*“Funciones de la Junta Nacional de Televisión. Son funciones de la Junta Nacional de Televisión: (...) j) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la ANTV, relacionadas con el servicio”.*

De esta disposición se desprende lo siguiente:

- i) La potestad de la ANTV, a través de la Junta Nacional de Televisión, de sancionar a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales.
- ii) Ante la falta de procedimiento especial, debe seguirse el señalado en la Ley 1437 de 2011<sup>443</sup>.
- iii) Como causal que permite la imposición de una sanción, se estableció la violación de las obligaciones contractuales o de las normas legales, reglamentarias o proferidas por la ANTV que se encuentren relacionadas con el servicio.

442 “Distribución de los recursos del fondo. El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente, como mínimo, el 60% de sus recursos para el fortalecimiento de los operadores públicos del servicio de televisión.

En cualquier caso, el giro de los recursos para cada uno de los operadores se efectuará en una sola anualidad y no por instalamentos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida la ANTV, sin que en ningún caso tales recursos puedan ser destinados a gastos de funcionamiento, excepto para el caso de RTVC.

Sin perjuicio de lo previsto en los incisos anteriores, el Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FON TIC) destinará al Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, para el fortalecimiento de la televisión pública y los contenidos digitales y audiovisuales como mínimo el 10% de los ingresos derivados de la asignación de los permisos para uso de las frecuencias liberadas con ocasión de la transición de la televisión análoga a la digital.

El Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destinará anualmente para cubrir los gastos de funcionamiento de la ANTV, como máximo el equivalente a 0,3% de los ingresos brutos generados por la industria abierta y cerrada independientemente de la modalidad de prestación durante el año inmediatamente anterior al del cálculo que para el efecto realizará cada año el mencionado fondo.

Todos los ingresos que se perciban por concepto de concesiones para el servicio de televisión, en cualquiera de sus modalidades, serán destinados a la financiación de la operación, cobertura y fortalecimiento de la televisión pública abierta radiodifundida; financiar, fomentar, apoyar y estimular los planes, programas y proyectos orientados a la promoción de contenidos audiovisuales y apoyar los procesos de actualización tecnológica de los usuarios de menores recursos para la recepción de la televisión digital terrestre radiodifundida.

En caso de ser necesario la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, transferirá al Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos, los recursos suficientes para que pueda cumplir con el pago de las acreencias que se reciban o resultaren del proceso liquidatorio de la Comisión Nacional de Televisión y que deben ser asumidas por la ANTV y el Fondo en mención.

Parágrafo 1°. Con el fin de hacer más eficiente la utilización de los recursos que el Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos destina a financiar la televisión pública, el servicio de Televisión Digital Terrestre a cargo de la RTVC, o quien haga sus veces, y los canales regionales, será prestado a través de una misma infraestructura de red.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, podrá aportar recursos al fortalecimiento y capitalización de los canales públicos de Televisión”. Ley 1507 de 2012, artículo 18.

443 “Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes”. Ley 1437 de 2011, artículo 47.

Observa la Sala que la mencionada disposición no determinó las sanciones que puede imponer la autoridad ante la ocurrencia de alguna de las infracciones señaladas. Sin embargo, el artículo 24 de la Resolución 292 de 2013 estableció:

*“Las faltas a las que se refiere la disposición anterior serán sancionadas así:*

*1. Amonestación.*

*2. Multa hasta por el equivalente a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*3. Cancelación inmediata de la línea de inversión sobre la cual se sanciona la falta, en el estado en que se encuentre. La imposición de esta sanción podrá dar lugar a la obligación del reintegro al Fondo de la totalidad de los recursos no ejecutados en dicha línea de inversión, con sus respectivos intereses contados a partir de la fecha de su desembolso, para lo cual serán tenidas en cuenta las cláusulas que sobre el particular se encuentren incluidas en el respectivo acto de asignación de recursos”.*

Ahora bien, frente a las facultades de la administración en materia sancionatoria, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-135 de 2016:

***“En ese sentido, esta Corporación ha sostenido que el derecho administrativo sancionador se encuentran al igual que el derecho penal, sujeto al principio constitucional de legalidad que a su vez se encuentra integrado por los principios de tipicidad y reserva de ley, los cuales constituyen pilares rectores del debido proceso, junto al principio de proporcionalidad. No obstante, tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menos rigurosidad para el caso del derecho administrativo sancionador en sus modalidades disciplinaria en sentido estricto frente a sus propios servidores, y correccional que aplica a la generalidad de los administrados (...)***

*En este orden de ideas, la reserva de ley flexibilizada en el derecho administrativo sancionador existe para que el legislador como mínimo indique (i) los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada; (ii) el procedimiento sancionador; (iii) la definición misma de la sanción o los criterios para determinarla con claridad; y, (iv) los entes encargados de imponerla. (...).*

***30. El otro principio que integra el de legalidad como parte del derecho administrativo sancionador, es el principio de tipicidad. Este se manifiesta en los siguientes tres elementos, a saber: (i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable, a partir de otras normas jurídicas; (ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; y (iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.***

***30.1. A partir de lo anterior, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta***

**punitiva con el fin de evitar la indeterminación para no incurrir en una decisión subjetiva y arbitraria. (...)**

30.3. Dicha flexibilización admite que la forma típica tenga un carácter determinable, pero en todo caso exige como imprescindible que la ley establezca criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa que define la falta o la infracción. De esta forma, como mínimo el legislador debe fijar “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya lugar a un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, **al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad**” (...)

Al realizar el estudio de la norma, la Corte señaló como ratio decidendi que en el derecho sancionador tanto las conductas sancionables como las sanciones deben estar descritas y predeterminadas en una norma previa, y además deben contar con un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser transferida al Gobierno nacional a través de una facultad abierta sin contar con un marco de referencia específico y determinado. De allí evidenció el quebranto al principio de legalidad y devino la mencionada inexecutableidad. (...)

Relacionado lo anterior, a título de síntesis, **la Sala concluye que en el derecho administrativo sancionador que ejerce el Estado, el principio de legalidad -integrado a su vez por los de reserva de ley y tipicidad- como garantía del derecho proceso, admite matices de flexibilidad y menor rigurosidad que en el campo penal, por lo cual la ley puede establecer un marco de referencia de la conducta típica y de las consecuentes sanciones para que la autoridad administrativa reglamente el régimen, sin que sea viable admitir enunciaciones tan abiertas y amplias que no puedan ser concretadas de forma razonable en la ley y que, por ende, trasladen al Gobierno nacional la definición de los comportamientos o la imposición de las sanciones, incurriendo la administración en un ámbito de arbitrariedad. Así mismo, corresponde al legislador definir los lineamientos del procedimiento sancionatorio que se debe cumplir” (negritas fuera del texto)<sup>444</sup>.**

Como puede observarse, aunque en el derecho administrativo sancionador se reconoce una mayor flexibilidad al principio de legalidad, es fundamental que el legislador establezca con claridad las sanciones o los criterios para determinarlas.

Aplicando lo anterior al caso concreto, y ante el silencio de la Ley 1507 de 2012 respecto a las sanciones que pueden imponerse como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionatoria reconocida en el literal j) del artículo 6º de dicha Ley, es necesario pregun-

<sup>444</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 7 de marzo de 2016, C-135/16. En otra oportunidad la Corte señaló: “Esta Corporación ha sostenido que en atención al principio de legalidad, la descripción genérica de las conductas, las sanciones a imponer y los criterios para su determinación, deben ser previamente fijados por el legislador, pudiendo el ejecutivo mediante la expedición de actos administrativos definir los aspectos técnicos de una determinada materia. (...) Cabe recordar, que el debido proceso integrado a su vez por el principio de legalidad y de reserva legal, en lo que al derecho administrativo sancionador se refiere, establece el deber del legislador de predeterminar la sanción y, para lo cual, le corresponde indicar los aspectos relativos a su núcleo esencial, a saber: clase, término, cuantía y el tope máximo, con el fin de proporcionar al funcionario competente un marco de referencia cierto para la determinación e imposición de la sanción y a los administrados el conocimiento de las consecuencias que se derivan de su trasgresión. Esto a diferencia de lo que sucede en el derecho penal “donde la descripción de los hechos punibles es detallada””. Corte Constitucional. Sentencia del 1 de julio de 2015, C-412/15. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00092-00, Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2000, C-1161/00.

tarse si es posible acudir a las sanciones establecidas en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995<sup>445</sup>.

A juicio de la Sala, la respuesta a este interrogante es positiva, teniendo en cuenta lo siguiente:

i) La Ley 1507 de 2012 tuvo como propósito distribuir las competencias que tenía a su cargo la CNTV<sup>446</sup>, dentro de las entidades del Estado que cumplen funciones en materia de televisión<sup>447</sup>. En desarrollo de lo anterior, a través del literal j) del artículo 6° de la Ley 1507 de 2012 se transfirió a la Junta Nacional de Televisión de la ANTV, la potestad sancionatoria que adelantaba la extinta Comisión en virtud del literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995.

De esta suerte, el legislador quiso que la Autoridad Nacional de Televisión continuara ejerciendo una función que la CNTV tenía a su cargo, la cual, ante el vacío de la nueva normativa, debería ejercerse en las mismas condiciones en que lo venía haciendo la extinta Comisión.

ii) El artículo 22 de la Ley 1507 de 2012 dispone:

*“Las funciones de la Comisión Nacional de Televisión que no sean objeto de mención expresa en la presente ley, se entenderán transferidas a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)”.*

Esta norma es relevante en el caso objeto de estudio, pues a pesar de que la Ley 1507 de 2012 se refirió a la potestad sancionatoria de la ANTV, guardó silencio sobre una parte esencial de la función, como es lo relativo a las sanciones que pueden imponerse.

445 “h) Sancionar, de conformidad con las normas del debido proceso y con el procedimiento previsto en la ley, a los operadores del servicio, a los concesionarios de espacios de televisión y a los contratistas de los canales regionales por violación de sus obligaciones contractuales, o por transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias o de las de la Comisión, relacionadas con el servicio. Para tales efectos, y en relación con las concesiones originadas en un contrato, la Junta Directiva de la Comisión decretará las multas pertinentes por las violaciones mencionadas, en aquellos casos en que considere fundadamente que las mismas no merecen la declaratoria de caducidad del contrato. Ambas facultades se considerarán pactadas así no estén expresamente consignadas en el convenio. Las multas serán proporcionales al incumplimiento del concesionario y al valor actualizado del contrato, y se impondrán mediante resolución motivada. Igualmente, la Junta Directiva podrá imponer la sanción de suspensión de la concesión hasta por seis (6) meses o la cancelación definitiva cuando la transgresión de las disposiciones legales y reglamentarias de la Comisión así lo acrediten. En el caso de las comunidades organizadas, además de dicha suspensión, la Junta Directiva podrá imponer las sanciones de multa hasta por quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la de revocatoria de la licencia para operar el servicio. En el caso de los operadores públicos las sanciones podrán ser multas de hasta mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la destitución de los servidores públicos que hayan tolerado o cometido la infracción. Para el ejercicio de tal facultad la Junta Directiva deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión”.

446 “Con fundamento en lo anterior, el Proyecto de Ley estructurado por el Gobierno Nacional con el objetivo de dar cumplimiento al mandato de la Carta Política presenta en su articulado la propuesta de distribución de las funciones actualmente a cargo de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), de acuerdo con un criterio que, como se verá más adelante, hace de esa distribución la más adecuada para el modelo de regulación convergente que requiere el servicio de televisión y que inspiró la aprobación del Acto Legislativo número 02 de 2011. (...) En atención a ello, el proyecto de ley propuesto toma aquellas funciones que en el modelo actualmente vigente le son asignadas a la CNTV y las distribuye, no de forma arbitraria, sino de acuerdo con lo que debe ser el rediseño institucional del modelo regulatorio del servicio de televisión en un contexto de convergencia tecnológica. Solo de esta manera se garantiza el reconocimiento de la realidad tecnológica convergente y su conatural convergencia institucional”. Proyecto de Ley 106 de 2011 Cámara. *Gaceta del Congreso* No. 730 del 28 de septiembre de 2011.

447 “En cumplimiento de lo ordenado por el artículo tercero del Acto Legislativo número 02 de 2011, la presente ley teniendo en cuenta que la televisión es un servicio público de competencia de la Nación en el que se encuentran comprendidos derechos y libertades de las personas involucradas en el servicio de televisión, el interés general, el principio de legalidad, el cumplimiento de los fines y deberes estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de los contenidos y demás preceptos del ordenamiento jurídico, define la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión y adopta las medidas pertinentes para su cabal cumplimiento, en concordancia con las funciones previstas en las Leyes 182 de 1995, 1341 de 2009 y el Decreto-ley 4169 de 2011”. Ley 1507 de 2011, artículo 1°.

iii) A la luz del silencio de la Ley 1507 de 2012 en materia de sanciones, no existe contradicción entre el literal j) del artículo 6° de la Ley 1507 de 2012 y el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995. Por consiguiente, con fundamento en los artículos 23 de la Ley 1507 de 2012 y 72 del Código Civil, las sanciones dispuestas en el señalado artículo 12 de la Ley 182 de 1995 no estarían derogadas y por tanto se encuentran vigentes. En efecto, la Ley 1507 de 2012, según su epígrafe, tuvo como objetivo distribuir las competencias entre entidades del Estado en materia de televisión que antes correspondían a la CNTV, sin modificar el régimen, mientras que en la Ley 182 de 1995 se reglamentó el servicio de la televisión y la formulación de políticas para su desarrollo.

Por lo tanto, cuando la Ley 1507 derogó las disposiciones que le fueron contrarias, dejó vigentes las sanciones previstas en el artículo 12 de la Ley 182 de 1995, que no resultan opuestas a su contenido, pues además y según la norma citada del Código Civil, la derogación tácita deja vigentes leyes anteriores cuando no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

En suma, ante el silencio de la Ley 1507 de 2012, la intención del legislador de que la Autoridad Nacional de Televisión continúe con la función sancionatoria que adelantaba la CNTV, y los artículos 72 del Código Civil y 22 y 23 de la Ley 1507 de 2012, es dable concluir que la ANTV, a través de la Junta Nacional de Televisión, puede, para controlar los recursos del FONTV, imponer las sanciones establecidas en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 cuando ejerza la facultad sancionatoria reconocida en el literal j) del artículo 6° de la Ley 1507 de 2012.

Esta conclusión, a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia, implica también la obligación de que los reglamentos que desarrollen la potestad sancionatoria de la ANTV sean respetuosos y se ajusten a los parámetros fijados por la Ley 182 de 1995. De esta suerte, advierte la Sala que el artículo 24 de la Resolución 292 de 2013, prima facie, atenta contra lo dispuesto por la Ley 182 de 1995, al consagrar sanciones que no corresponden a las establecidas en el literal h) del artículo 12 de esta ley o a los criterios fijados por ella.

De otra parte, la ANTV cuenta también con otros mecanismos para proteger los recursos del FONTV. Así, en virtud del literal b) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, la ANTV goza de las facultades de inspección, vigilancia, seguimiento y control<sup>448</sup> para una correcta prestación del servicio público de televisión<sup>449</sup>. En este sentido indica la norma:

*“En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:(...)”*

448 Frente a los conceptos de inspección, vigilancia y control, la Sala de Consulta y Servicio Civil tuvo la oportunidad de señalar: “Con base en tales disposiciones puede señalarse que la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 16 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).

449 “Distribución de funciones en materia de control y vigilancia. La Autoridad Nacional de Televisión ANTV ejercerá las funciones que el literal b) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 asignaba a la Comisión Nacional de Televisión, sin perjuicio de las actividades relacionadas con la dirección y manejo de la actividad concesional que en calidad de entidad concedente deba realizar la ANTV, de conformidad con el artículo 14 de la presente ley, y de aquellas relacionadas con el control y vigilancia del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión de acuerdo con el artículo 15 de la presente ley. Parágrafo. Corresponderá a la ANTV ejercer el control y vigilancia por el cumplimiento de las normas relacionadas con los contenidos de televisión”. Ley 1507 de 2012, artículo 11.



*b) Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar;*<sup>450</sup>.

Por lo tanto, a través de las facultades descritas por la norma, la ANTV puede controlar la adecuada utilización de los recursos del FONTV.

Adicionalmente, la Resolución 292 de 2013 establece los siguientes mecanismos de control:

- i) El artículo 15 indica que en la resolución a través de la cual la ANTV asigne los recursos a los operadores, deben fijarse las condiciones que sean necesarias para garantizar “el manejo y buen uso” de los recursos<sup>451</sup>.
- ii) Por su parte, el artículo 18, -modificado por el artículo 7º de la Resolución 969 de 2013- establece que cada operador público del servicio de televisión abierta radiodifundida debe presentar un balance consolidado de la ejecución de los recursos aprobados en la vigencia anterior<sup>452</sup>.
- iii) En lo que respecta al artículo 19, esta disposición determina que la oficina de Coordinación de Fomento a la Industria de la ANTV tiene la competencia para realizar el

450 La Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de esta norma indicó: “En este orden de ideas, concluye la Corte que la norma acusada al establecer que a la Comisión Nacional de Televisión corresponde en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política, adelantar actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio de televisión, está simplemente reglamentando la norma superior que le otorga a esta entidad la facultad de intervenir en representación del Estado en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión. Finalmente, es preciso reiterar que como organismo al que corresponde la dirección de la política estatal en materia de televisión, así como la regulación de este servicio, la Comisión Nacional de Televisión puede y debe ejercer las actividades de inspección y vigilancia sobre las personas que presten el servicio en orden a garantizar su adecuada prestación, y así evitar que la actividad resulte afectada por las prácticas monopolísticas, así como impedir el abuso de los grandes grupos económicos, la intervención de ciertos intereses políticos o la injerencia del ejecutivo. Es claro que la intención del constituyente fue la de dotar a un ente dependiente de las ramas del poder público, de una verdadera autonomía frente al manejo y control del uso de un bien público como lo es el espectro electromagnético, por los operarios del servicio especializado de televisión en las condiciones establecidas por la misma Carta Política”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de mayo de 1999, C-298/99.

451 “Los operadores públicos del servicio de televisión abierta radiodifundida deberán destinar los recursos del FONTV exclusivamente a los fines previstos en el plan de inversión aprobado por la Junta Nacional de Televisión y las modificaciones reportadas por el operador en el tiempo previsto en el artículo 13 de la presente resolución. Para el manejo de los recursos aprobados, estos operadores deberán constituir una cuenta de ahorros especial en una entidad financiera o entidad pública descentralizada de fomento y desarrollo regional, que tenga grado de inversión y que sea vigilada por la Superintendencia Financiera. En todo caso, en la resolución de asignación de los recursos, la ANTV establecerá las condiciones para garantizar el manejo y el buen uso de los recursos por parte de los operadores públicos del servicio de televisión abierta radiodifundida. Los registros contables por la ejecución de los recursos del FONTV deberán realizarse en las cuentas y subcuentas que establezca la Contaduría General de la Nación, o quien haga sus veces, para su tratamiento contable, con el propósito de facilitar su verificación por parte de la ANTV cuando así lo requiera”.

452 “Cada operador público del servicio de televisión abierta radiodifundida deberá presentar, a más tardar el último día hábil del mes de enero de cada vigencia, un balance consolidado de la ejecución de los recursos aprobados en la vigencia anterior, en el que detalle los compromisos adquiridos y ejecutados en la vigencia para el cumplimiento del plan de inversión, el certificado del recibo a satisfacción de la totalidad de la programación financiada, así como de los bienes y servicios adquiridos en las diferentes líneas de inversión contenidas en el plan aprobado, y el reintegro de los saldos obtenidos por los recursos que no hayan sido ejecutados, así como de los rendimientos financieros generados sobre la totalidad de los recursos entregados. El informe sobre la emisión de los programas y el respectivo certificado deberá ser remitido a la Autoridad Nacional de Televisión a más tardar dentro de los diez días hábiles siguientes a la finalización del plazo de emisión contenido en la resolución de asignación de recursos. En este informe se debe incluir la certificación sobre el reconocimiento de la financiación con los recursos del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos de los programas y de la adquisición de los bienes y/o servicios de las demás líneas de inversión, y la medición y el análisis de los indicadores formulados en el plan de inversión respectivo. Parágrafo. En los casos en que el plazo de ejecución del plan de inversión supere la vigencia, el beneficiario deberá presentar el informe a que hace referencia el presente artículo en el plazo que establezca la ANTV en la resolución de asignación de recursos”.

seguimiento presupuestal, físico y financiero de los planes de inversión aprobados por la Junta Nacional de Televisión, así como sus modificaciones.

Igualmente, la norma autoriza a la ANTV a adelantar visitas de verificación, respecto de las cuales el operador público debe prestar el apoyo respectivo. Adicionalmente establece que los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida deben presentar informes trimestrales a la ANTV relacionados con la ejecución y estado del avance del plan de inversión, informes que serán objeto de revisión por parte de la oficina de Coordinación de Fomento a la Industria. En todo caso, si la ANTV lo considera necesario, podrá solicitar informes adicionales<sup>453</sup>.

- iv) El artículo 20 ordena a los operadores públicos reportar a la ANTV de forma semestral, los indicadores fijados por esta para la medición de los objetivos y el impacto de los recursos del FONTV invertidos por los operadores públicos del servicio de televisión radiodifundida<sup>454</sup>.

Finalmente es importante señalar que, al tratarse de recursos públicos, estos se encuentran sujetos a control fiscal por parte de la Contraloría<sup>455</sup>. Adicionalmente, puede llegar también a tener lugar el ejercicio de acciones disciplinarias por parte de la Procuraduría General de la Nación<sup>456</sup>.

Con base en lo anterior,

453 “La Coordinación de Fomento a la Industria de la ANTV realizará el seguimiento presupuestal, físico y financiero de los planes de inversión aprobados por la Junta Nacional de Televisión y sus modificaciones. Así mismo, la ANTV podrá adelantar visitas de verificación, las cuales deberán ser apoyadas por el operador público correspondiente. Los operadores públicos del servicio de televisión abierta radiodifundida rendirán informes trimestrales a la ANTV sobre la ejecución y del estado de avance del plan de inversión, los cuales serán revisados por la Coordinación de Fomento a la Industria en sus funciones de seguimiento. Estos informes deben contar con el visto bueno de la Revisoría Fiscal, del Jefe de la Oficina de Control Interno, o quien haga sus veces, y de la Junta Administradora del operador. Estos informes deberán ser presentados a más tardar el último día hábil de los meses de abril, julio y octubre. Cada informe deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos: Detalle de la ejecución de los recursos por cada línea de inversión, registro de los compromisos adquiridos y pagos realizados, así como del estado y manejo de los recursos entregados por la ANTV. Lo anterior sin perjuicio de las funciones generales que le corresponden tanto a la Revisoría Fiscal como al Jefe de la Oficina de Control Interno en su ejercicio. En caso de considerarlo necesario, la ANTV podrá solicitar informes adicionales”.

454 “La ANTV adelantará la medición de los objetivos y el impacto de los recursos invertidos por los operadores públicos del servicio de televisión abierta radiodifundida con recursos del FONTV, como mínimo mediante los siguientes indicadores: (...) La medición de estos indicadores por parte de los operadores públicos deberá reportarse a la ANTV de manera semestral, a más tardar el último día hábil de los meses de enero y julio de cada vigencia”.

455 “Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República”. Ley 42 de 1993, artículo 2º. “El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. *Ibidem*, artículo 4º. Por su parte la jurisprudencia ha indicado: “De conformidad con el precedente expuesto, se infiere que el control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal”. Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2006, C-529/06.

456 “Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”. Ley 734 de 2002, artículo 25.

## LA SALA RESPONDE

*1. Los recursos destinados por la ANTV para la operación y funcionamiento de RTVC constituyen transferencias corrientes, de no ser así, ¿qué tipo de transferencias constituyen?*

Los recursos que en virtud de la Ley 1507 de 2012 entrega la ANTV a la RTVC para su operación y funcionamiento, son transferencias corrientes.

*2 ¿Los artículos 44 y 62 de la Ley 182 de 1995 y sus modificatorios fueron derogados por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012?*

El parágrafo del artículo 44 de la Ley 182 de 1995 fue derogado por el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012. Igualmente, esta disposición derogó los incisos 4º y 5º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, los cuales señalaban:

*“Dichas transferencias se harán de manera periódica cada cuarenta y cinco (45) días y en ningún caso podrán ser inferiores en pesos constantes a lo transferido en el período inmediatamente anterior.*

*En cuanto a los recursos provenientes de las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión, así como los recursos que ella perciba por contratos y concesiones especiales previstos en esta ley, la Comisión Nacional de Televisión transferirá a Inravisión la cantidad necesaria y suficiente para que dicho operador pueda cumplir y desarrollar cabalmente su objeto”.*

Ahora bien, a pesar de lo anterior considera la Sala que los recursos del FONTV que la ANTV debe trasladar a la RTVC para su operación y funcionamiento, deben en todo caso ser suficientes para el efecto, teniendo en cuenta que, de otra forma, el cumplimiento y la consecución de los importantes fines y funciones que tiene esta última entidad a su cargo, como lo es la programación, producción, realización, transmisión, emisión y explotación de la televisión cultural y educativa, así como la materialización de los artículos 7º, 8º, 70 y 209 (en relación al principio de eficacia) de la Constitución Política, se verían gravemente afectados, pues, ante la limitada actividad comercial que puede adelantar esta entidad, especialmente por la restricción que en materia de pauta comercial le es aplicable, los principales recursos con los que cuenta para su operación y funcionamiento son precisamente los que recibe de la Autoridad Nacional de Televisión.

Finalmente, el artículo 23 de la Ley 1507 de 2012 derogó el 2º inciso del parágrafo 2º del artículo 62 de la Ley 182 de 1995.

*3. ¿Qué tipo de control de recursos debe realizar la ANTV de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012?*

Para lograr que se cumpla lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1507 de 2012, la ANTV puede ejercer las siguientes acciones para proteger los recursos del FONTV:

En virtud del literal b) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, la ANTV goza de las facultades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una correcta prestación del servicio público de televisión. Con este propósito tiene la potestad de iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos.

Adicionalmente, con fundamento en las facultades anteriores y la Resolución 292 de 2013, la ANTV ejerce el control de los recursos del FONTV a través de los siguientes mecanismos:

- i) La fijación, en la resolución a través de la cual la ANTV asigna los recursos a los operadores, de las condiciones que sean necesarias para garantizar “el manejo y buen uso” de estos.
- ii) El seguimiento presupuestal, físico y financiero a los planes de inversión aprobados por la Junta Nacional de Televisión, así como a sus modificaciones.
- iii) El adelantamiento de visitas de verificación, frente a las cuales el operador público debe prestar el apoyo respectivo.
- iv) La revisión de los informes sobre la ejecución y estado del avance de los planes de inversión presentados por los operadores de televisión.
- v) La medición de los objetivos y el impacto de los recursos del FONTV invertidos por los operadores públicos del servicio de televisión radiodifundida.

Asimismo, la ANTV, a través de la Junta Nacional de Televisión, puede ejercer la facultad sancionatoria reconocida en el literal j) del artículo 6° de la Ley 1507 de 2012, para lo cual, puede imponer las sanciones establecidas en el literal h) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995.

Esta conclusión, a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia, implica también la obligación de que los reglamentos que desarrollen la potestad sancionatoria de la ANTV sean respetuosos y se ajusten a los parámetros fijados por la Ley 182 de 1995. De esta suerte, advierte la Sala que el artículo 24 de la Resolución 292 de 2013, prima facie, atenta contra lo dispuesto por la Ley 182 de 1995, al consagrar sanciones que no corresponden a las establecidas en el literal h) del artículo 12 de esta ley o a los criterios fijados por ella.

Finalmente, es importante señalar además, que los recursos del FONTV, al tratarse de recursos públicos, se encuentran sujetos a control fiscal por parte de la Contraloría. Adicionalmente, puede llegar también a tener lugar el ejercicio de acciones disciplinarias por parte de la Procuraduría General de la Nación.

Remítase al Ministerio 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. Édgar González López, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

## 6. Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. Comiso. Cumplimiento de las obligaciones e impuestos relativos a los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso.

### Radicado 2310

Fecha: 14/12/2016

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 16 de enero de 2017

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre el cumplimiento de de las obligaciones e impuestos relativos a los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso, que son administrados por el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación (FEAB).

### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El artículo 86 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007, otorgó al FEAB la función de administrar los bienes y recursos con fines de comiso. Así, dispuso la norma:

*“Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración de acuerdo con los sistemas que para tal efecto desarrolle el Fiscal General de la Nación, y deberán ser relacionados en un Registro Público Nacional de Bienes. Tales medidas deberán inscribirse dentro de los tres (3) días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita”.*

2. A través de la Ley 1615 de 2013 se reguló el funcionamiento y las funciones del Fondo. Sin embargo, existen interrogantes respecto a:

- i) El responsable del pago de las obligaciones causadas con anterioridad al decreto de la medida cautelar con fines de comiso, o las que se causen luego de decretado el comiso definitivo, pues no existe una norma especial que regule esta materia.
- ii) No existe un criterio objetivo para determinar si el proceso de cobro coactivo con embargo puede suspenderse una vez ha sido decretada la medida cautelar con fines de comiso.
- iii) Existe igualmente dudas respecto a la causación de intereses durante el periodo comprendido entre el momento en que se decreta la medida de comiso y la terminación del proceso, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación: a) debe restituir los bienes en el estado en que se encuentren si no se ha dispuesto de ellos, b) en caso

de que hayan sido vendidos, debe devolver el valor objeto de la compraventa debidamente indexado al IPC y c) si se trata de bienes productivos o que haya tenido bajo su administración para la explotación económica, estos deben devolverse junto con los frutos o productos derivados de la administración comercial, previo descuento de los costos incurridos en la administración del mismo.

- iv) Finalmente, hay inquietudes respecto a si corresponde o no a la Fiscalía General de la Nación cancelar el capital correspondiente a las obligaciones tributarias generadas dentro del periodo de incautación del bien y la terminación del proceso penal.

3. Frente a estos interrogantes, el Ministerio consultante propone como solución a los problemas jurídicos planteados la aplicación por analogía del artículo 9<sup>o</sup>457 de la Ley 785 de 2002<sup>458</sup>. Con todo, también reconoce que podría aplicarse el artículo 29 de la Ley 675 de 2001<sup>459</sup>, el cual dispone que “existirá solidaridad de su pago entre el propietario anterior y el nuevo propietario del respectivo bien privado, respecto de las expensas comunes no pagadas por el primero, al momento de llevarse a cabo la transferencia del derecho de dominio”.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho formula las siguientes preguntas:

1. *¿A quién corresponde el pago de las obligaciones e impuestos causados con anterioridad a que se decretara la medida cautelar con fines de comiso o el comiso definitivo?*

2. *¿El proceso de cobro coactivo con embargo puede suspenderse cuando se decreta la medida cautelar con fines de comiso?*

3. *¿Durante el periodo comprendido entre el momento en que se decreta la medida cautelar con fines de comiso y la terminación del proceso, se causan intereses remuneratorios o moratorios?*

4. *¿Corresponde a la Fiscalía General de la Nación en (sic) cancelar el capital correspondiente a las obligaciones tributarias surgidas dentro del periodo comprendido entre el decreto de la medida cautelar con fines de comiso (incautación – ocupación) del bien y la terminación del proceso penal? De serlo, ¿en qué momento se debe hacer el pago?*

457 “Los impuestos sobre los bienes que se encuentran bajo administración de la Dirección Nacional de Estupefacientes no causan intereses remuneratorios ni moratorios durante el proceso de extinción de dominio, y en ese lapso se suspenderá el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva. Declarada la extinción de dominio, y una vez enajenados los bienes, se cancelará el valor tributario pendiente por pagar con cargo al producto de la venta. En ningún caso el Estado asumirá el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación del bien”.

458 “Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996”. “La administración de los bienes a cargo de la Dirección Nacional de Estupefacientes por su afectación a un proceso penal por los delitos de narcotráfico y conexos o a una acción de extinción del dominio, conforme a la ley y en particular a lo previsto por las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996, y el Decreto Legislativo 1975 de 2002, y con las demás normas que las modifiquen o deroguen, se llevará a cabo aplicando en forma individual o concurrente los siguientes sistemas: enajenación, contratación, destinación provisional y depósito provisional”. Ley 785 de 2002, artículo 1°. A pesar de que la Ley 785 de 2002 fue derogada por la Ley 1708 de 2014 (por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio), el artículo 9° sigue vigente por mandato del artículo 218 de esta última Ley: “Esta ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación, deroga expresamente las Leyes 793 y 785 de 2002, Ley 1330 de 2009, así como todas las demás leyes que las modifican o adicionan, y también todas las leyes que sean contrarias o incompatibles con las disposiciones de este Código.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, y los artículos 9° y 10 la Ley 785 de 2002, seguirán vigentes”.

459 “Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal”.

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse en primera instancia a: i) el FEAB, ii) el comiso, iii) el proceso de cobro coactivo, iv) los intereses remuneratorios y moratorios, v) el hecho generador, el sujeto pasivo y la causación de los impuestos y vi) las obligaciones reales.

### a. El Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación (FEAB)

La Ley 1615 de 2013<sup>460</sup> se encarga de regular el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía (FEAB)<sup>461</sup>, sobre el cual hacen referencia los artículos 82<sup>462</sup> y 86<sup>463</sup> de la Ley 906 de 2004<sup>464</sup>. El Fondo fue creado con el propósito de dotar a la Fiscalía General de la Nación de un mecanismo que le permitiera administrar adecuadamente los bienes que tenía a su cargo. Así, en la exposición de motivos que dio lugar a la Ley 1615 de 2013 se señaló:

*“La presente iniciativa legislativa, busca dotar de mecanismos a la Fiscalía General de la Nación para la Administración de los Bienes en Custodia, los cuales son puestos a disposición de manera provisional en algunos eventos y sobre los cuales se ha decretado el comiso en otros. (...)*

*Este proyecto de ley cobra importancia con relación a la problemática actual que se presenta por el número de bienes que han sido puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación, con corte a 30 de septiembre de 2009. La cantidad de bienes incautados es de 2.670.654 con un valor estimado de \$207.374.472.522.*

*Todo lo anterior lleva a concluir que es necesario dicho proyecto al no poder resolverse esta problemática de forma autónoma, es imprescindible llevar a cabo una buena administración de dichos bienes para cumplir los cometidos de la Fiscalía General de la Nación basándose en una buena gerencia pública (sic), en la búsqueda constante del buen manejo de los recursos a cargo de este”<sup>465</sup>.*

460 “Por la cual se crea el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, se establecen los Sistemas de Administración de Bienes, y se dictan disposiciones generales sobre su funcionamiento”.

461 “Objeto. Crear el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación previsto en la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1142 del 28 de junio de 2007, establecer los sistemas para la administración de los bienes y recursos que sean puestos a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, y dictar otras disposiciones generales sobre su funcionamiento”. Ley 1615 de 2013, artículo 1º.

462 “Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente”.

463 “Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración de acuerdo con los sistemas que para tal efecto desarrolle el Fiscal General de la Nación, y deberán ser relacionados en un Registro Público Nacional de Bienes. Tales medidas deberán inscribirse dentro de los tres (3) días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita.  
Parágrafo 1º. Se exceptúan de la administración del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación los bienes que tienen el carácter de elemento material probatorio y evidencia física, que serán objeto de las normas previstas en este código para la cadena de custodia.

Parágrafo 2º. Los bienes y recursos afectados en procesos penales tramitados en vigencia de leyes anteriores a la Ley 906 de 2004, que se encuentran bajo la custodia de la Fiscalía General de la Nación o de cualquier organismo que ejerza funciones de policía judicial al momento de entrar en vigencia la presente ley, deberán incorporarse al Fondo de que trata este artículo e inscribirse en el Registro Público Nacional de Bienes”.

464 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

465 Proyecto de Ley 129 de 2012 Cámara. *Gaceta del Congreso* No. 614 del 17 de septiembre de 2012. Asimismo, durante el trámite legislativo la Fiscalía señaló: “[L]a Fiscalía ha estado presente y se encuentra en total acuerdo con el proyecto que es materia de debate, para nosotros el



El FEAB tiene como características principales las siguientes:

- i) Por mandato legal, su naturaleza jurídica es la de una cuenta especial sin personería jurídica que pertenece a la Fiscalía General de la Nación<sup>466</sup>.
- ii) Los bienes y recursos que administra son bienes susceptibles de valoración económica, y en consecuencia, estos pueden corresponder a bienes: a) muebles, b) inmuebles, c) tangibles, d) intangibles, e) corporales, f) incorporales, y g) en general, a bienes sobre los cuales puede ejercerse el derecho de dominio a la luz del ordenamiento civil.

Adicionalmente, son administrados por el Fondo los frutos y rendimientos derivados de los bienes anteriores<sup>467</sup>. Con todo, es importante señalar que los bienes que tienen la calidad de elemento material probatorio y evidencia física no están sujetos a la administración del Fondo. Igualmente, tampoco lo están aquellos bienes que deben ser administrados por otra entidad en atención a la destinación específica determinada por una ley especial<sup>468</sup>.

- iii) En términos generales, el FEAB tiene las funciones de: a) administración, b) seguimiento, c) evaluación, d) control y e) adopción de las medidas correctivas que sean necesarias para la adecuada administración de los bienes<sup>469</sup>.

---

punto de partida para efectos de esta discusión es que ustedes conozcan la situación que enfrenta en este momento la Fiscalía General de la Nación, frente a la administración de los bienes incautados, los bienes que han sido declarados comisos a favor de la Fiscalía General y algunos bienes que tienen medidas provisionales, la Ley 906, tal como lo señalaba el doctor Obed, dispone que es la Fiscalía la encargada de custodiar estos bienes y que para tales efectos lo haría a través del Fondo de Administración de Bienes de la Fiscalía, sin embargo la Ley 906 en ningún momento dispuso como tal su creación, ni lo dotó de una naturaleza jurídica a través del cual nosotros pudiéramos actuar como entidad pública, estos bienes lo que han generado para la Fiscalía General de la Nación ha sido una erogación bastante elevada en materia de parqueaderos, vigilancia, mantenimiento, pólizas de seguros y adicionalmente con el tema de demandas judiciales, ¿Por qué? Porque tal como lo han anotado algunos de ustedes la Fiscalía no fue creada ni tiene funciones para la administración de bienes, eso le implicó acudir a otras entidades públicas, entidades que a la par, a pesar de que ser las que materialmente ejercían la administración frente a las demandas judiciales en la mayoría de los eventos no son responsables, porque las medidas han sido decretadas por la Fiscalía General de la Nación, entonces separar la función de investigación de la administración de los bienes nos ha arrojado como experiencia costos elevados en materia de sentencias en contra de la entidad, por eso para nosotros en este momento es de vital importancia desarrollar el mecanismo que previo en su oportunidad la Ley 906 del 2004. Es decir que la Fiscalía contaría con un fondo que tendría todo el conocimiento administrativo y técnico para la administración de esos bienes, en esa medida lo que se ha previsto en el proyecto de ley que ha sido presentado a todos ustedes (...). *Gaceta del Congreso* No. 474 del 11 de noviembre de 2013.

466 “El Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación se organizará como un fondo-cuenta sin personería jurídica, de conformidad con las disposiciones presupuestales para los fondos especiales establecidas en el artículo 27 de la Ley 225/95, artículos 11 y 30 del Decreto 111 de 1996, las normas que las modifiquen o adiciónen, y lo dispuesto en la presente ley”. Ley 1615 de 2013, artículo 2º. “El Fondo Especial para la Administración de Bienes, en adelante FEAB, es un fondo-cuenta sin personería jurídica perteneciente a la Fiscalía General de la Nación, que se encarga de aplicar los sistemas específicos de administración de los bienes puestos a su disposición, bajo el régimen de derecho privado.

El FEAB no es una institución diferente a la Fiscalía General de la Nación y las dependencias de la entidad son las directamente responsables de atender todas las actividades que se requieran para su correcto funcionamiento, conforme a las directrices impartidas en la presente resolución, o que impartan el Fiscal General de la Nación y los órganos de dirección del FEAB”. Resolución 1296 de 2015, por medio de la cual se organiza el funcionamiento del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, se establecen lineamientos de gestión contractual y se dictan otras disposiciones, artículo 1º.

467 “Para efectos de la presente ley, se consideran bienes y recursos administrados por el Fondo, aquellos susceptibles de valoración económica, ya sean muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, corporales o incorporales, y en general aquellos sobre los que pueda recaer el derecho de dominio, en los términos de la legislación civil, así mismo, todos los frutos y rendimientos que se deriven de los bienes que administra, en los términos del parágrafo artículo 82 de la Ley 906 de 2004”. Ley 1615 de 2013, artículo 5º.

468 “Se exceptúan de la administración del Fondo los bienes que tienen el carácter de elemento material probatorio y evidencia física, los cuales serán objeto de las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal, para la cadena de custodia, así como aquellos que por su destinación específica establecida en leyes especiales deban ser administrados por cualquier otra Entidad”. Ley 1615 de 2013, artículo 6º, parágrafo 2º.

469 “El Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía administrará los bienes de acuerdo con las normas generales y los distintos sistemas establecidos en la presente ley, cuando sean aplicables de conformidad con la situación jurídica del bien objeto de administración, ejercerá el seguimiento, evaluación y control; además tomará de manera oportuna las medidas correctivas a que haya lugar para procurar la debida administración de los bienes, en observancia de los principios de la función administrativa, señalados por el artículo 209 de la Constitución Política”. Ley 1615 de 2013, artículo 3º.

En desarrollo de lo anterior, el FEAB debe:

*“1. Ejercer los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, procurando mantener su productividad.*

*2. Asegurar los bienes administrados.*

*3. Realizar las gestiones necesarias con las autoridades pertinentes, para el pago de impuestos, tasas y contribuciones sobre los bienes objeto de administración de propiedad de la Fiscalía General de la Nación.*

*4. Administrar el Registro Público Nacional de Bienes del Fondo Especial para la Administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y la reglamentación que se expida.*

*5. Registrar toda modificación o novedad que se presente sobre la situación de los bienes, en el Registro Público Nacional de Bienes del Fondo Especial para la Administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación, el cual deberá ser verificado y actualizado de manera integral permanentemente.*

*6. Efectuar las provisiones necesarias en una Subcuenta del Fondo, para el evento en que se ordene la devolución de los bienes.*

*7. Disponer la destrucción y chatarrización de los bienes que amenacen deterioro o ruina y que impliquen grave peligro para la salubridad y seguridad pública, previo concepto técnico de acuerdo con lo establecido en la presente ley, en las normas generales y en las especiales aplicables a cada caso en particular, disponiendo financiera y contablemente lo que corresponda según el caso.*

*8. Realizar las publicaciones en diarios de amplia circulación cuando se ha ordenado la devolución del bien sin que se haya reclamado y cuando se dé inicio a la actuación con miras a la declaratoria de abandono del bien.*

*9. Declarar el abandono del bien cuando el mismo no sea reclamado, en los términos establecidos en la presente ley.*

*10. Expedir los actos administrativos y celebrar los contratos o convenios necesarios para la administración de los bienes entregados provisionalmente de conformidad con los sistemas de administración conforme el régimen de derecho privado y los principios de la función pública y la contratación estatal.*

*11. Expedir los actos administrativos y celebrar los contratos o convenios necesarios para la administración de los bienes, de conformidad con los sistemas de administración conforme el régimen de derecho privado y los principios de la función pública y la contratación estatal”.*

iv) Los bienes administrados por el Fondo se clasifican en tres grandes grupos: a) bienes con sentencia ejecutoriada a favor de la Fiscalía General de la Nación o del propio Fondo<sup>470</sup>, b) bienes sobre los que se ha decretado una medida cautelar con fines de comiso<sup>471</sup>, y c) los demás bienes que reciba el Fondo a título legítimo<sup>472</sup>.

v) De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 1615 de 2013, el Fondo cuenta con los siguientes recursos:

*“Los recursos necesarios para el funcionamiento del Fondo, estarán constituidos por:*

1. Las partidas destinadas a la administración del Fondo en el Presupuesto de la Fiscalía General de Nación.

2. Los bienes sobre los cuales se ha declarado el comiso definitivo a favor de la Fiscalía General de la Nación, así como el producto de su administración.

3. Los bienes vacantes y mostrencos que se han adjudicado a la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el artículo 89 de la Ley 906 de 2004, así como el producto de su administración.

4. Los bienes sobre los cuales se ha reconocido la prescripción especial adquisitiva de dominio a favor de la Fiscalía General de la Nación a la que se refiere el artículo 89A de la Ley 906 de 2004.

5. Los frutos y rendimientos que pudieran generar los bienes que hacen parte del Fondo.

6. Los bienes declarados abandonados conforme lo previsto en la presente ley.

7. Las donaciones o aportes en dinero de procedencia nacional o internacional (al fondo de bienes).

8. Los demás recursos que cualquier autoridad competente transfiera al Fondo Especial de bienes, de acuerdo a lo establecido en la ley.

9. Los demás que señalen la ley”.

470 “Los bienes administrados por el Fondo se clasifican de la siguiente forma: 1. Bienes con sentencia ejecutoriada a favor de la Fiscalía General de la Nación o del Fondo Especial para la Administración de Bienes: a) Los bienes sobre los cuales se decreta el comiso por parte de autoridad competente. b) Los bienes que sean declarados mostrencos o vacantes y adjudicados a la Fiscalía General de la Nación o al Fondo por parte de autoridad competente, en los términos del artículo 89 de la Ley 906 de 2004. c) Los bienes sobre los cuales se haya reconocido la prescripción especial adquisitiva de dominio a favor de la Fiscalía General de la Nación o del Fondo por parte de autoridad competente, en los términos del artículo 89A de la Ley 906 de 2004. d) El producto de la enajenación, frutos, dividendos, utilidades, intereses, rendimientos, productos y demás beneficios que se generen de los bienes antes relacionados o de su administración. e) Los bienes que sean declarados administrativamente abandonados por el Fondo Especial para la administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación previo agotamiento del procedimiento para su devolución previsto en la ley”. Ley 1615 de 2013, artículo 6º.

471 “2. Bienes sobre los cuales se haya decretado medida cautelar con fines de comiso. a) Los bienes sobre los cuales se haya decretado incautación, ocupación o suspensión del poder dispositivo. b) Los bienes sobre los cuales se haya ordenado su devolución por parte de autoridad competente y no hayan sido reclamados en los términos del artículo 89 de la Ley 906 de 2004. c) El producto de la enajenación, frutos, dividendos, utilidades, intereses, rendimientos, productos y demás beneficios que se generen de los bienes antes relacionados o de su administración”. Ibidem.

472 “3. Otros bienes: Los demás bienes que reciba el Fondo a cualquier título legítimo”. Ibidem.

- vi) Los bienes, dineros y recursos del Fondo deben destinarse a las finalidades dispuestas en el artículo 10° de la Ley 1615 de 2013<sup>473</sup>. Entre estas se encuentra la financiación de los gastos y costos derivados de la administración y el mantenimiento de los bienes.
- vii) Los bienes, dineros y recursos que ingresan al Fondo, ya sea de manera temporal o definitiva, deben administrarse de acuerdo a los sistemas señalados en la Ley 1615 de 2013<sup>474</sup>.
- viii) Finalmente, el Fondo está autorizado para celebrar cualquier acto o contrato dirigido a permitir la eficiente administración de los bienes y recursos<sup>475</sup>.

## b. El comiso

El comiso, regulado en los artículos 100<sup>476</sup> de la Ley 599 de 2000<sup>477</sup> y 82<sup>478</sup> de la Ley 906 de 2004, es concebido por la jurisprudencia como la figura jurídica a través de la cual los bienes de la persona penalmente responsable, que provienen o son producto directo o

473 “Con arreglo a las normas presupuestales, los bienes, dineros y recursos del Fondo deben ser destinados a su administración y específicamente se dirigirán a: 1. La financiación de los gastos y costos que genera la administración y mantenimiento de los bienes a que hace referencia el artículo cuarto de la presente ley. 2. La financiación de los gastos y costos que genera el cumplimiento de las funciones legales y reglamentarias del Fondo Especial para la Administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, eventuales indemnizaciones o devoluciones de bienes sobre los cuales no se ha decretado el comiso definitivo. 3. Sin perjuicio de lo antes señalado, el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación destinará recursos para apoyar a la Fiscalía General de la Nación en proyectos de inversión, tales como infraestructura, tecnología, mobiliario, entre otros, de acuerdo con lo establecido en las Leyes Generales que regulan la materia, la presente ley y la reglamentación que para el efecto se expida”. Ley 1615 de 2013, artículo 10.

474 “Los bienes, dineros y recursos de que trata la presente ley, y que ingresen en forma provisional o definitiva a la administración del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, serán administrados conforme los sistemas de administración que desarrolle el señor Fiscal General de la Nación de acuerdo con la normatividad civil y comercial. Para tales efectos, se entenderán como sistemas de administración a título enunciativo, entre otros: 1. Destinación provisional. 2. Cesión a título Gratuito a Entidades Públicas. 3. Permuta. 4. Enajenación. 5. Depósito. 6. Arrendamiento. 7. Leasing. 8. Comodato. 9. Destrucción. 10. Chatarrización. 11. Contratos de Fiducia y Encargo Fiduciario. Si el contrato se fuere a suscribir con otra entidad pública, este se hará mediante contrato interadministrativo. Parágrafo. En el caso del comodato, este se otorgará conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 9ª de 1989”. Ley 1615 de 2013, artículo 11.

475 “El Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación podrá celebrar cualquier acto y/o contrato que permita una eficiente administración de los bienes y recursos. El régimen jurídico para tales efectos será de derecho privado con sujeción a los principios de la función pública y la contratación estatal. PARÁGRAFO. En los contratos que celebre el Fondo para estos efectos, se podrá pactar la cláusula de terminación unilateral sin lugar a indemnización, cuando la rescisión del contrato obedezca a una orden judicial de devolución del bien”. Ley 1615 de 2013, artículo 15.

476 “Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien”. Ley 599 de 2000, artículo 100.

477 “Por la cual se expide el Código Penal”.

478 “El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

Parágrafo. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos”. Ley 906 de 2004, artículo 82.

indirecto del delito, o se han utilizado o destinado como medio o herramienta para la ejecución de este, pasan, de acuerdo con el procedimiento dispuesto por la ley, al Estado, principalmente a la Fiscalía General de la Nación<sup>479</sup>. En el mismo sentido, la doctrina ha concebido el comiso como una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito. Así, ha indicado:

*“Bajo las previsiones legales de los artículos 82 y 83 de la Ley 906 de 2004 se debe entender que el comiso es una consecuencia jurídica por la comisión de un delito, que implica la pérdida definitiva a favor del Estado del derecho de dominio que se tenga sobre los bienes allí previstos, supone la declaratoria de responsabilidad penal (...)”<sup>480</sup>.*

Frente a la finalidad que persigue el comiso, la Corte Constitucional señaló:

*“En cuanto a la naturaleza y fines del comiso - o decomiso -, es preciso señalar que se trata de una medida que comporta la privación definitiva del dominio de un bien o de un derecho, padecida por su titular, y derivada de la vinculación del objeto con un hecho antijurídico, que puede ser un delito o una falta administrativa. La privación del derecho de dominio por parte de su titular origina el correlativo desplazamiento de la titularidad del bien o del derecho, al Estado. (...)”*

*Aunque en materia penal el comiso no está catalogado en estricto sentido como una pena, sí se trata de una consecuencia jurídica de la conducta punible, toda vez que “el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos”. La protección estatal de la propiedad, “no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito”<sup>481</sup>.*

Como características del comiso pueden destacarse, entre otras, las siguientes:

i) Busca que los bienes sobre los cuales recae pasen a manos del Estado<sup>482</sup>.

479 “Nótese que el comiso es la figura jurídica por cuyo medio los bienes del penalmente responsable que provienen o son producto directo o indirecto del delito o han sido utilizados o destinados a ser utilizados como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, pasan a poder de la Fiscalía General de la Nación, previo agotamiento del procedimiento previsto en la ley, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 2014, Radicación número: 76611. En relación al destino final del bien, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 82 de la Ley 906 de 2004 que indica: “Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente”.

480 Patricia Jacqueline Feria Bello y Wilson Caballero Ariza, Bienes en el proceso penal, Fiscalía General de la Nación, 2010, p. 26. En términos más generales, el comiso ha sido concebido como una figura en la que “en razón de la declaración de responsabilidad penal el Estado le imponía al responsable, como pena accesoria a la principal, la privación del dominio sobre los bienes empleados para la comisión del delito o que provinieran de su ejecución, ya fuera para ser destruidos por razón de su peligrosidad o para evitar que ellos se emplearan nuevamente para la ejecución de otros delitos”. Manuel Alberto Restrepo Medina, Instrumentación cautelar del comiso. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Vol. 8. Num. 2, 2006, p. 152. “El Estado tiene derecho a incorporar a su patrimonio, bajo la figura del Comiso, los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su realización, cuando no existe comercio lícito de ellos, es decir, cuando no deben permanecer en poder de los particulares”. Jairo López Morales, Nuevo Código de Procedimiento Penal. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pp. 552-553.

481 Corte Constitucional. Sentencia del 10 de octubre de 2012, C-782/12.

482 “Además, a diferencia de las medidas cautelares dispuestas dentro del proceso penal, cuyo objeto es garantizar la reparación a las víctimas de las conductas punibles, como taxativamente lo establece el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, el comiso persigue un propósito diverso, pues busca que los objetos sobre los cuales recae pasen a manos del Estado (Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 2007, Radicación número: 28040.

- ii) Implica la privación definitiva del derecho de dominio para su titular.
- iii) Es un mecanismo de política criminal para prevenir el delito<sup>483</sup>, y
- iv) Procede en los siguientes eventos:

*“a. Sobre los instrumentos y efectos que no tengan libre comercio, con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, independientemente de su atribución a título de dolo o culpa.*

*b. En los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.*

*En este caso, el comiso solo es procedente respecto de los bienes y recursos del penalmente responsable, en el entendido que el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, desarrolla lo consignado en el artículo 100 del Código Penal, y este faculta la medida exclusivamente en lo que toca con “... bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución”.*

*Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos. (...)*

*2. Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe.*

*3. Respecto a los delitos culposos, cuando se trate de bienes que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. Entrega que será definitiva, cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o*

<sup>483</sup> “De esta manera la naturaleza y fines del comiso están vinculados a una estrategia de política criminal orientada a la prevención general y especial del delito. En efecto, una eficaz labor investigativa tendente a identificar no solo al delincuente, sino a los medios e instrumentos que despliega para la preparación y ejecución de la actividad criminal, así como el destino y ubicación de los beneficios que la actividad delictiva reporta, con fines de incautación, son objetivos que se encuentran en la base de esta institución. (...) La anterior reseña acerca de la naturaleza y fines de la figura del comiso permite concluir que en estricto sentido no se trata de una institución establecida para la satisfacción de los derechos de las víctimas, sino que obedece con mayor acierto a una medida de política criminal que involucra una finalidad preventiva (especial y general) frente al fenómeno delictivo, y es a su vez portadora de un mensaje ético en el sentido que el delito no es un medio legítimo para producir riqueza, de donde deviene que la propiedad que protege el orden jurídico es aquella que se obtiene por medios lícitos”. Ibidem.

hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien”<sup>484</sup>.

Ahora bien, el legislador estableció como medidas cautelares para garantizar el comiso<sup>485</sup>: i) la incautación, ii) la ocupación y iii) la suspensión del poder dispositivo<sup>486</sup>. Mientras las primeras dos medidas son de naturaleza material, la tercera es de naturaleza jurídica. En relación a estas medidas la doctrina ha indicado:

*“El fiscal delegado que dirija una indagación o investigación podrá ordenar la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso o extinción de dominio en el entendido que estas medidas se orientan a garantizar la efectividad de las sentencias en donde se ordene el comiso o extinción de dominio de bienes y recursos a favor del Estado, para que el infractor de la norma no solo sea sancionado punitiva sino patrimonialmente, persiguiendo de esta forma con eficacia la riqueza ilícitamente adquirida y evitando la adquisición de derechos por vía del delito”<sup>487</sup>.*

Asimismo, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la incautación y ocupación de bienes están sujetas a las siguientes reglas: i) las medidas deben ser ordenadas por el Fiscal General de la Nación o su delegado, sin perjuicio de que también puedan tener ocurrencia por el accionar de la policía judicial en los eventos señalados en la ley, ii) dentro de las 36 horas siguientes a su materialización, la Fiscalía debe acudir ante el juez de garantías para que este revise la legalidad de las actuaciones y iii) dentro de los seis meses siguientes a la realización del referido control de legalidad, y antes de que se realice la acusación,

484 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de agosto de 2016, Radicación número: 47660.

485 “Se tendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo.

Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros”. Ley 906 de 2004, artículo 83.

486 “La incautación es por consiguiente una medida cautelar con miras a hacer efectivo el comiso, y recae sobre bienes muebles que se encuentren en las situaciones descritas con antelación, en tanto que la ocupación cumple los mismos propósitos en relación con bienes inmuebles. Una y otra medida, comportan la toma de posesión, por parte de la autoridad competente, de los bienes objeto de las mismas. Su fin es sacar del comercio los bienes y recursos considerados como susceptibles de comiso, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.

Estas medidas cautelares, denominadas materiales, orientadas a asegurar el comiso de bienes, son ordenadas por el Fiscal General de la Nación, o su delegado, y ejecutadas por la policía judicial o la policía nacional, y cuentan con control de legalidad posterior por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías (Art. 84 del C. P. P.).

En cuanto a la medida jurídica contemplada en la ley, vale decir, la suspensión del poder dispositivo sobre los bienes ocupados o incautados con fines de comiso, la ley procesal establece que debe ser ordenada por el juez de control de garantías, a solicitud del fiscal, cuando aquel constate que se dan los presupuestos que la justifican, es decir, la existencia de motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén siendo destinados a su uso como medios o instrumentos de un delito doloso, o que constituyan el objeto material del mismo. La solicitud del fiscal debe estar cimentada en el interés de la justicia, el valor del bien, y la viabilidad económica de su administración (Art. 85 C. P. P.)”. Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2014, C-591/14.

487 Fiscalía General de la Nación. Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Fiscalía General de la Nación, 2009, p. 68.

el bien debe devolverse al propietario o tenedor legítimo<sup>488</sup>, encausarse al proceso de extinción de dominio, o quedar sometido a una solicitud de comiso definitivo<sup>489</sup>.

### c. El procedimiento de cobro coactivo

El procedimiento de cobro coactivo ha sido definido por la jurisprudencia como:

*“[L]a herramienta mediante la cual la administración puede cobrar directamente, sin instancias judiciales, créditos de los cuales es acreedora”<sup>490</sup>.*

Este procedimiento se caracteriza por: i) ser de naturaleza administrativa y no judicial<sup>491</sup>, ii) estar fundamentado en los artículos 189 (numeral 20), 209, 238 y 365 de la Constitución Política<sup>492</sup>, iii) permitir a la administración la ejecución directa de ciertas obligaciones a su favor<sup>493</sup>, iv) respetar las garantías fundamentales, entre ellas la relativa al debido proceso<sup>494</sup>, v) contribuir al cumplimiento eficaz de los fines estatales<sup>495</sup> y vi) representar una excepción a la competencia de los jueces para ordenar la ejecución de las obligaciones<sup>496</sup>.

488 “Cuando los bienes han sido objeto de medidas materiales de incautación u ocupación con fines de comiso (Art. 88 C. P. P.), la actuación de autorizar la devolución a quien tenga derecho a recibirlos, trasciende la competencia del fiscal de proveer al aseguramiento de los elementos materiales de prueba, y puede afectar derechos fundamentales (acceso a la justicia, debido proceso, reparación integral), de las víctimas, de terceros con legítimas pretensiones sobre los bienes, o del propio imputado. Se trata de una decisión que involucra potestad jurisdiccional y demanda la apertura de un escenario de discusión (audiencia preliminar), para que quienes tengan expectativas legítimas sobre los bienes incautados u ocupados con fines de comiso puedan hacerlas valer ante la autoridad con poderes jurisdiccionales”. Ibidem.

Una decisión de tal naturaleza es propia del juez de control de garantías, en cuanto involucra potestad jurisdiccional y demanda la apertura de un escenario de discusión (audiencia preliminar), para que quienes tengan expectativas legítimas sobre los bienes incautados u ocupados con fines de comiso puedan hacerlas valer ante la autoridad con poderes jurisdiccionales”. Ibidem.

489 “En procura de ese objetivo, el canon 83 de la Ley 906 de 2004 establece la incautación y la ocupación como medidas cautelares de carácter material sobre bienes susceptibles de comiso y la suspensión del poder dispositivo como medida jurídica.

Para la realización de tales medidas materiales se deben observar las siguientes pautas: i) la orden de incautación u ocupación debe provenir del Fiscal General o de su delegado; ii) la incautación también puede surgir del accionar de la policía judicial en los eventos señalados en esa normatividad; iii) dentro de las 36 horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes, la Fiscalía debe acudir al juez de control de garantías para que revise la legalidad de lo actuado.

Surtido el control de legalidad, dentro de los seis meses siguientes y antes de proferirse la acusación, con más espacio y mayores elementos de juicio, el delegado del ente acusador puede optar por devolver el bien a su propietario o tenedor legítimo, orientarlo al trámite de extinción de dominio o solicitar su comiso, previo agotamiento del procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de contradicción de los intervinientes, tal como lo dispone el artículo 88 Ibidem”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 2014, Radicación número: 76.611.

490 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2008, T-628/08.

491 “Lo explicado en precedencia no es aplicable al cobro directo que las entidades públicas realicen para lograr el pago de las sumas de dinero y demás acreencias a su favor, en desarrollo de la denominada potestad de cobro coactivo, la cual ha sido reconocida desde el siglo pasado como una función de carácter administrativo y no judicial”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 10 de noviembre de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00142-00. “Esta filosofía de considerar el cobro coactivo como una típica expresión de la función administrativa (no judicial) se mantuvo y ratificó en la regulación sobre el procedimiento administrativo de cobro coactivo de que tratan los artículos 98, 99, 100 y 101 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 29 de enero de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00271-00.

492 “El cobro coactivo es un procedimiento administrativo con fundamento constitucional en el artículo 189 numeral 20 de la Carta Política, que prevé que le corresponde al Presidente de la República velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos de acuerdo con las leyes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00203-01(20686). “Es cierto que, por regla general, la decisión sobre el cobro de deudas patrimoniales se debe efectuar a través de los jueces de la República. Sin embargo, tratándose de deudas de carácter fiscal, tal pauta goza de una excepción que encuentra soporte en los artículos 2, 189 numeral 20, 209, 238 y 365 de la Constitución Política, en los que se autoriza a la administración para que adelante el cobro independiente de las obligaciones a favor de la Nación, a través del proceso administrativo de jurisdicción coactiva”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de junio de 2005, T-604/05.

493 “Sin embargo, la jurisdicción coactiva obedece al reconocimiento de una facultad evidentemente extraordinaria o excepcional de la Administración, consistente en eximirla de llevar la ejecución de ciertas obligaciones a su favor al conocimiento de los jueces, para lograrla ella directamente”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 22 de septiembre de 2014, Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00247-01.

494 “En su condición de procedimiento administrativo, el de cobro coactivo está sujeto al respeto de las garantías fundamentales, entre ellas, el debido proceso”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2008, T-628/08.

495 “[L]a finalidad de la jurisdicción coactiva consiste en recaudar en forma rápida las deudas a favor de las entidades públicas, para así poder lograr el eficaz cumplimiento de los cometidos estatales”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de junio de 2000, C-666/00.

496 “De acuerdo a lo expuesto, el cobro coactivo constituye respecto de algunas de las deudas a favor de la Nación, una excepción legítima de la competencia que tienen los jueces sobre a la inejecución de las obligaciones”. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de junio de 2005, T-604/05.



El procedimiento de cobro coactivo se encuentra regulado en distintas normas generales y especiales. Así, el artículo 100 de la Ley 1437 de 2011 establece:

*“Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:*

- 1. Las que tengan reglas especiales se regirán por ellas.*
- 2. Las que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.*
- 3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.*

*En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular”.*

Igualmente, el procedimiento se encuentra normado en el Estatuto Tributario (artículo 823 y siguientes) y la Ley 1066 de 2006<sup>497</sup>.

#### **d. Los intereses remuneratorios y moratorios**

Los intereses han sido concebidos por la doctrina como la utilidad o ganancia periódica que genera o produce un capital<sup>498</sup>. A la luz de la normatividad y la jurisprudencia colombiana, una de las formas como estos pueden clasificarse es aquella que distingue entre remuneratorios y moratorios, conceptos frente a los cuales la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“b) Los intereses remuneratorios retribuyen, reeditúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo creditoris de incumplimiento o insolvencia debitoria. Por su naturaleza y función, requieren estipulación negocial (accidentalia negotia) o precepto legal (naturalia negotia), son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital, son exigibles y deben pagarse en las oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma.*

*c) Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan ex legge*

<sup>497</sup> “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”.

<sup>498</sup> “Sea lo primero precisar que nuestro ordenamiento positivo no consagra en forma expresa una definición del término “interés”; sin embargo, de la lectura de diversas normas como los artículos 717 y 1617 del Código Civil y 884 y 1163 del Código de Comercio, así como de los criterios sentados por la jurisprudencia y la doctrina se tiene que “La utilidad o ganancia periódica que produce un capital se conoce con el nombre de intereses o frutos civiles”. Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006.

*desde esta, sin ser menester pacto alguno –excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999– ni probanza del daño presumido iuris et de iure (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a este y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. A partir de la mora respecto de idéntico período y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido”<sup>499</sup>.*

En materia tributaria, es importante destacar que la no cancelación de las obligaciones da lugar al pago de intereses moratorios por parte del deudor<sup>500</sup>. Lo anterior atendiendo lo dispuesto por el artículo 634 del Estatuto Tributario, disposición que fue modificada por el artículo 3º de la Ley 788 de 2002<sup>501</sup> y que señala:

*“Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago.*

*Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora, a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial”<sup>502</sup>.*

499 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de agosto de 2008, Referencia: 11001-3103-022-1997-14171-01. Véase igualmente: “Los intereses remuneratorios, ha dicho esta Corporación, “...son los causados por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo, y los moratorios, los que corresponden a la indemnización de perjuicios que debe satisfacer el deudor cuando ha incurrido en mora de pagar la cantidad debida. En las obligaciones de origen contractual llámense convencionales, cuando han sido fijados por las partes que celebraron el contrato y legales los que por falta de estipulación al respecto son determinados por la ley. Convencionalmente se pueden estipular los intereses remuneratorios y los moratorios; cuando no ha habido tal estipulación, nada debe el deudor por razón de los primeros, pero en caso de mora, ipso iure, deberá pagar intereses legales a título de indemnización de los perjuicios correspondientes ‘quedando sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos (artículo 1617 C.C.)’”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de noviembre de 1989. “En lo relativo a este puntual aspecto, “[p]or interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente prorata temporis en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la “utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”, “provecho, utilidad, ganancia”, “valor que en sí tiene una cosa” (Diccionario de la Real Academia Española), “precio por el uso del dinero” (T. P. FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron’s, New York, 1990, p. 317), “la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal”, “el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda” (J. Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, Paris, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil). En las obligaciones dinerarias, cuyo objeto en obligacione e in solutione, es el pago de una cantidad de dinero, interés, es el precio por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute o, la pena por la mora, expresado siempre en una parte de su valor, ya por disposición legal, ora negocial hasta el límite normativo tarifado [...]”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de febrero de 2012, Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01.

500 “De la lectura de las normas transcritas, tenemos que hay lugar a liquidar intereses de mora cuando los contribuyentes no cancelen oportunamente los impuestos a su cargo, es decir, cuando el pago se haga después del plazo establecido por el gobierno municipal”. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Concepto 2707 del 5 de febrero de 2009.

501 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

502 En materia de procedimiento tributario el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 establece: “Procedimiento tributario territorial. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para la administración, determinación, discusión,

La obligación de pagar intereses moratorios por la no cancelación oportuna de las obligaciones tributarias encuentra también sustento legal en el artículo 3° de la Ley 1066 de 2006<sup>503</sup>.

De otra parte, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido la posibilidad de que se pacten intereses remuneratorios en los acuerdos de pago relativos a obligaciones de índole tributario. Así, frente a este punto se indicó:

*“Siguiendo estos presupuestos, el legislador en la Ley 1066 de 2006, de manera excepcional y transitoria, previó en el artículo 7° ibídem, la viabilidad de cobrar intereses remuneratorios solamente para el pago de las obligaciones de origen tributario durante el plazo que se pacte”*<sup>504</sup>.

### **e. El hecho generador y la causación del impuesto**

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el hecho generador se encuentra integrado por aspectos materiales, espaciales y temporales<sup>505</sup>, los cuales han sido concedidos en los siguientes términos:

*“Como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, el hecho generador de los tributos comprende tres aspectos: i) el aspecto material; ii) el aspecto espacial y, iii) el elemento temporal. La presencia de estos tres aspectos determina si se está frente al supuesto jurídico que da origen a la obligación tributaria. El aspecto material consiste en la descripción*

cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluido su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos”. Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado: “3) En ese marco, consagrar que el procedimiento tributario nacional se aplique también como procedimiento tributario territorial, es una decisión legítima en cuanto no limita injustificadamente la autonomía de las entidades territoriales. Esto es así porque, por una parte, la misma Carta ha establecido que las competencias que en materia tributaria se reconocen a tales entidades, se ejercen de acuerdo con la Constitución y la ley. De este modo, nada se opone a que el Congreso determine el procedimiento tributario a aplicar en tales entidades. Mucho más si con esa decisión se promueven mecanismos adecuados de recaudo y se facilitan condiciones equitativas para los administrados, circunstancias estas que optimizan el principio de eficiencia del tributo y que potencian la realización de uno de los derechos contenidos en el principio de autonomía de las entidades territoriales, cual es el de participar en las rentas nacionales.

Pero, por otra parte, no debe perderse de vista que la norma demandada deja a salvo la facultad de las entidades territoriales de disminuir el monto de las sanciones y simplificar los procedimientos, dependiendo de la naturaleza de los tributos y la proporcionalidad de las sanciones respecto del monto de los impuestos. Entonces, no se trata de una interferencia ilimitada del legislador, sino de una interferencia razonable, orientada a la promoción de procedimientos tributarios equitativos para los administrados y eficaces para la administración y susceptible de adecuarse a las connotaciones propias de la materia tributaria a cargo de esas entidades.

4) Finalmente, el actor plantea que la norma demandada, al fijar el procedimiento que deben adelantar las entidades territoriales para el recaudo de los impuestos que administran, vulnera el principio de autonomía en cuanto les impide consagrar exenciones y tratamientos preferenciales. No obstante, debe tenerse en cuenta que estas son instituciones de derecho tributario sustancial, orientadas a realizar la justicia material en el sistema tributario, y no instituciones de derecho tributario procesal. Por ello, la facultad de las entidades territoriales de establecer exenciones y tratamientos preferenciales en los tributos de su propiedad no resulta interferida por una norma que se limita a señalar el procedimiento que se ha de seguir para el recaudo de un tributo”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, C-1114/03.

503 “A partir de la vigencia de la presente ley, los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario.

Igualmente, cuando las entidades autorizadas para recaudar los aportes parafiscales no efectúen la consignación a las entidades beneficiarias dentro de los términos establecidos para tal fin, se generarán a su cargo y sin necesidad de trámite previo alguno, intereses moratorios al momento del pago, a la tasa indicada en el inciso anterior y con cargo a sus propios recursos, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”. En relación a esta norma, la jurisprudencia de la Sala ha indicado: “En efecto, en concepto de esta Sala, los artículos transcritos consagran la forma de liquidar los intereses moratorios cuando se incumplan las siguientes obligaciones a favor de las entidades públicas: a) las obligaciones tributarias generadas en impuestos, tasas y contribuciones fiscales y parafiscales; b) la obligación de consignar las contribuciones parafiscales que recauden los sujetos habilitados por la ley para ese efecto; y, c) Las obligaciones que se generen entre entidades públicas por concepto de cuotas partes pensionales”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de junio de 2008, Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00040-00.

504 *Ibidem*.

505 “El hecho gravado está compuesto de diversos elementos que permiten establecer claramente si se ha configurado, respecto de quién se puede predicar su existencia, en qué momento ha ocurrido tal evento y en qué lugar tiene efectos su aparición”. Juan Rafael Bravo Arteaga, *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*, 3ª edición, Legis S.A., 2007, p. 240.

*abstracta del hecho que el contribuyente realiza o la situación en que se halla. Por su parte, el aspecto espacial es aquel que indica el lugar en el que el contribuyente u obligado realiza el hecho o se encuadra en la situación, descritos por el aspecto material, o el sitio en el que la ley tiene por realizado el hecho o producida tal situación. Y, por último, el aspecto temporal indica el momento en que se configura o el momento en que el legislador tiene por configurada la descripción del comportamiento objetivo contenido en el aspecto material del hecho generador*<sup>506</sup>.

En lo que respecta a la causación del tributo, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han concluido que la obligación tributaria se causa, y en consecuencia nace a la vida jurídica, cuando se realiza el hecho generador (o hecho gravado)<sup>507</sup>. En esta dirección, se ha indicado:

*“Ahora bien, la obligación tributaria nace de la realización del hecho generador, que es el presupuesto abstracto fijado por la ley para configurar cada tributo. Según la doctrina el tributo se causa en el momento en que el aspecto temporal del hecho generador se integra con los restantes elementos y aspectos que lo conforman, lo que trae como consecuencia que se pueda producir el efecto jurídico específico que la ley asigna, que no es otro que el nacimiento de la obligación tributaria*<sup>508</sup>.

Es importante señalar que la causación del impuesto no debe confundirse con su exigibilidad, pues se trata de eventos que no siempre se presentan en el mismo momento:

*“De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el aspecto temporal del hecho generador indica el momento en que este se configura y nace la obligación tributaria, la cual es fijada por el legislador, quien en ocasiones ha considerado que debe establecerse en*

506 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de noviembre de 2014, Radicación número: 23001-23-31-000-2007-00504-01(19035). “Elemento material (...) Ahora bien, encontramos que dicho aspecto material proveniente de la cotidianidad puede ser producto de la actuación u omisión (un verbo) de un individuo como, por ejemplo, el consumo (impoconsumo), o la inscripción de un documento ante una autoridad (impuesto de registro). En ambos casos el hecho podría dar lugar al pago de un gravamen. Otra hipótesis puede ser la existencia de un bien, o el derecho sobre este, ante lo cual el sujeto que ostenta un derecho real (propietario o poseedor), ya sea un particular o el Estado, tiene la obligación de pagar una exacción llamada impuesto predial. (...) Elemento temporal (...) El momento en que se consolida o se entiende realizado el hecho generador se relaciona con este aspecto; sin embargo, en realidad el mismo va más allá de identificar una hora o una fecha específica; se trata, más bien, de establecer cuándo todos los distintos elementos que coadyuvan a crear la obligación tributaria se integran (...) así, el aspecto temporal “hace referencia al momento en que tiene lugar el acontecimiento imponible que debe ser individualizado específicamente en una unidad de tiempo en la que se entienda realizado el hecho generador” (Plazas Vega, 2000)” (...) Aspecto Espacial (...) Ahora bien, la anterior aproximación conceptual nos lleva a entender que elemento espacial de la teoría del hecho generador no es más que el lugar en el cual se concreta o desarrolla el presupuesto de hecho que da lugar a la obligación tributaria”. César Sánchez Muñoz, La relación jurídico-tributaria y el hecho generador, en Los tributos territoriales en el ordenamiento jurídico colombiano (Julio Roberto Piza (editor)), Universidad Externado, 2016, pp. 118-121.

507 “La obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo”. Estatuto Tributario, artículo 1º. “El hecho generador da nacimiento a la obligación tributaria sustancial y aparece como un presupuesto fijado en la ley para configurar cada tributo”. Mauricio Marín Elizalde, Presupuestos dogmáticos de la investigación: Teoría del hecho generador, en Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia (Julio Roberto Piza Rodríguez (coord.)), Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 64.

508 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de marzo de 2013, Radicación número: 23001-23-31-000-2009-00035-02(18617). “En otras palabras, la obligación tributaria se causa cuando el contribuyente realiza el hecho generador de un determinado impuesto o tributo, solo que si lo incumple acarrea con las consecuencias de tal comportamiento, de ahí que en sus manos esté la posibilidad de evitar la imposición de sanciones cuando oportunamente hace las declaraciones y pagos respectivos”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de junio de 2015, Radicación número: 41053. Por su parte la doctrina ha indicado: “El nacimiento de la obligación tributaria se establece bajo el aserto de que la misma se presenta en el momento de realizarse el hecho generador. Pero ¿cuándo se entiende realizado el supuesto fáctico, o cuándo se produce el efecto jurídico que hace que nazca la obligación tributaria? La respuesta a este interrogante es la siguiente: cuando se causa el tributo, con lo cual se quiere significar, que es el momento en que aspecto temporal del hecho generador se integra con los restantes elementos y aspectos que lo conforman, lo que trae como consecuencia que se pueda producir el efecto jurídico que la ley le asigna, que no es otro que el nacimiento de la obligación tributaria. (...) La causación, pues, es el momento en que se entiende realizado el hecho generador y nace la obligación tributaria”. Mauricio Marín Elizalde, la estructura jurídica del tributo: el hecho generador, en Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio (Julio Roberto Piza Rodríguez (editor)), Universidad Externado, 2010, p. 322.

el último momento del período impositivo y, en otros, en el primer momento de realización del hecho imponible. A su vez, la causación y la exigibilidad del impuesto pueden coincidir o no<sup>509</sup>.

Finalmente, la ocurrencia de todos los elementos del hecho generador, además de establecer el momento en que nace la obligación tributaria, determina las normas sustantivas que la regulan<sup>510</sup>.

## f. El sujeto pasivo del tributo

El Estatuto Tributario identifica como sujetos pasivos de los tributos a los contribuyentes y responsables<sup>511</sup>. Por su parte, la doctrina nacional los clasifica principalmente en: i) contribuyentes, ii) sustitutos y iii) responsables<sup>512</sup>, tipologías que han sido definidas en los siguientes términos:

*“El contribuyente. Es la persona natural, jurídica o ente sin personería jurídica que realiza el hecho generador o es titular del mismo, y por tanto realiza el hecho generador y asume la posición deudora en la obligación que nace como consecuencia del mismo. (...) En otras palabras, el contribuyente es el obligado al pago de una deuda tributaria propia y es el obligado tributario por antonomasia, siendo el único obligado al pago por realizar el hecho generador. (...)*

*El sustituto. Los sustitutos son aquellos obligados a pagar una obligación tributaria ya nacida, que no le pertenece a él sino al contribuyente, y deberá pagar en lugar de este y antes de su vencimiento, es decir, en los términos establecidos para el pago de la obligación. La doctrina latinoamericana conoce a estos sujetos como responsables, pero, como vimos y más adelante profundizaremos, tal denominación responde a otro tipo de sujetos. (...)*

509 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de abril de 2014, Radicación número: 250002327000201000201 01 (19923). Igualmente, la doctrina ha establecido: “En cuanto a la exigibilidad de la obligación tributaria, conviene diferenciar el momento del nacimiento de la deuda tributaria (causación) del momento de su exigibilidad, pues ambos pueden o no coincidir. Así, por ejemplo, no coinciden en el Impuesto sobre la Renta, cuyo hecho generador se realiza de forma continuada en el tiempo y la causación tiene lugar, como regla general, el 31 de diciembre; pero la exigibilidad del impuesto tiene lugar en los establecidos al efecto, que normalmente comprenden los primeros meses del siguiente año calendario”. Marín Elizalde (2010), ob. cit., p. 323. “Con relación al nacimiento de la obligación tributaria deben distinguirse dos situaciones: - El momento de la causación del impuesto, que es aquel en el cual se concreta o realiza el hecho generador previsto en la ley y que da origen a las obligaciones formales y sustanciales del impuesto. - El momento de exigibilidad de la obligación que corresponde a la fecha establecida en las normas para el cumplimiento de las obligaciones fiscales, y generalmente es posterior al de la causación del impuesto”. Secretaría de Hacienda de Bogotá, Concepto No. 363 del 7 de julio de 1995. Frente al concepto de exigibilidad la DIAN ha indicado: “En los conceptos Nos. 124490 de 2000 y No. 51402 de 2001, se ha reiterado que la exigibilidad de las obligaciones fiscales por concepto de impuestos comienza desde las fechas fijadas por el Gobierno Nacional para realizar los pagos correspondientes”. DIAN, Concepto 049432 del 8 de agosto del 2002.

510 “Esta comparación pone de presente la importancia del hecho gravado en dos aspectos: el momento en que nace la obligación tributaria y la referencia a la norma reguladora de la obligación tributaria. (...) El establecimiento del principio de que la obligación tributaria nace al momento de realizarse el hecho gravado, tiene importantes consecuencias jurídicas, entre las cuales se pueden destacar las siguientes: 1º El conjunto de normas sustantivas que están vigentes en el momento de realizarse el hecho gravado, debe regir la obligación tributaria hasta el momento de su extinción. Por consiguiente, las regulaciones sobre inclusiones, exclusiones, costos, deducciones, exenciones, tarifas, descuentos, responsabilidades, garantías, etc., que están vigentes en el momento en que nace la obligación tributaria, son las aplicables para establecer la cuantía de la obligación y para regular su existencia, hasta su extinción”. Bravo Arteaga, ob. cit., p. 299.

511 “Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial”. Estatuto Tributario, artículo 2º. “Son responsables para efectos del impuesto de timbre, las personas que, sin tener el carácter de contribuyentes, deben cumplir obligaciones de éstos por disposición expresa de la ley”. Ibidem, artículo 3º.

512 Una cuarta categoría es la de agente retenedor, frente al cual se ha indicado: “Agentes de retención (...) De acuerdo con estas disposiciones, el agente de retención en estricto sentido no es el sujeto pasivo de la relación tributaria, pues funge como recaudador de los dineros de aquellos que realizaron el hecho generador o de los individuos que por mandato legal asumen la carga pecuniaria de aquel”. Sánchez Muñoz, ob. cit., pp. 126-127.

*Responsables. Los responsables son aquellos obligados a responder de una deuda tributaria del contribuyente, ya nacida, vencida y no atendida por este a su vencimiento. Estos responsables se subdividen en aquellos con garantía personal, con garantía real y los infractores.*

*En otras palabras, se trata de una persona que, en virtud de la realización de un presupuesto de hecho legalmente previsto, queda sujeta al pago de la deuda tributaria en cumplimiento de una función de garantía, por lo que en la doctrina se ha explicado su posición estableciendo un cierto paralelismo con la institución de la fianza. La figura del responsable cumple una función de aseguramiento o de garantía de pago<sup>513</sup>.*

Ahora bien, la determinación del sujeto pasivo es un elemento del tributo que debe ser establecido por la norma que lo crea<sup>514</sup>. Así por ejemplo, en el caso de Bogotá el artículo 8º del Acuerdo 469 de 2011 señaló como sujetos pasivos del impuesto predial unificado al propietario y al poseedor del predio, entre otros<sup>515</sup>.

En lo que respecta al impuesto sobre vehículos automotores, el artículo 142 de la Ley 488 de 1998 fijó también como sujetos pasivos al propietario o poseedor del vehículo<sup>516</sup>.

Adicionalmente, en el caso de los impuestos departamentales y municipales debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010<sup>517</sup>.

513 Marín Elizalde (2008), ob. cit., pp. 74-76.

514 "En resumen, dicha decisión concluyó que: (i) son los órganos de elección popular quienes directamente deben señalar los sujetos activo y pasivo, el hecho y la base gravable y la tarifa de las obligaciones tributarias; (ii) al establecer los elementos del tributo, es necesario que la ley, las ordenanzas o los acuerdos determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de los elementos esenciales del mismo; (iii) solo cuando la falta de claridad sea insuperable se origina la inconstitucionalidad de la norma que determina los elementos de la obligación tributaria; (iv) el requisito de precisión y claridad de las normas que señalan los elementos de la obligación tributaria no se opone a su carácter general; (v) no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella.

3.3. Para la Corte el principio de legalidad del tributo no implica que el legislador deba agotar la regulación de todos sus elementos hasta el menor detalle. La ley no tiene que desarrollar integralmente la materia, puesto que "puede delimitar el tema y permitir su concreción por medio de reglamentos administrativos". Por tanto, solamente estaría sujeta al rigorismo propio del principio de legalidad la determinación política de los elementos del tributo, "al paso que las variables económicas que inciden sobre los mismos, son susceptibles de un tratamiento menos restringido". Corte Constitucional. Sentencia del 16 de septiembre de 2015, C-602/15.

515 "Es sujeto pasivo del impuesto predial unificado, el propietario o poseedor de predios ubicados en la jurisdicción de Bogotá Distrito Capital. Responderán solidariamente por el pago del impuesto, el propietario y el poseedor del predio. De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, son sujetos pasivos del impuesto predial los tenedores a título de concesión, de inmuebles públicos. Cuando se trate de predios sometidos al régimen de comunidad serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos propietarios, cada cual en proporción a su cuota, acción o derecho del bien indiviso. Cuando se trate de predios vinculados y/o constitutivos de un patrimonio autónomo serán sujetos pasivos del gravamen los respectivos fideicomitentes y/o beneficiarios del respectivo patrimonio. Si el dominio del predio estuviere desmembrado por el usufructo, la carga tributaria será satisfecha por el usufructuario". Por su parte, la doctrina ha señalado frente a los sujetos pasivos de este impuesto: "Los concejos municipales y distritales señalan de manera general como sujetos pasivos del impuesto a las personas naturales o jurídicas propietarias o poseedoras de predios ubicados dentro de la jurisdicción municipal, y a los usufructuarios cuando el derecho de propiedad se encuentre desmembrado". Sandra Acevedo Zapata, Impuesto predial, en los impuestos territoriales en el ordenamiento jurídico colombiano. Un análisis crítico (Julio Roberto Piza (editor)). Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 234.

516 "Sujeto pasivo. El sujeto pasivo del impuesto es el propietario o poseedor de los vehículos gravados". Frente a este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado: "Como se aprecia, la obligación tributaria del impuesto sobre vehículos automotores recae claramente en el propietario o en el poseedor del vehículo, cualquiera de los dos. El poseedor fue incluido en la norma en razón de la práctica un tanto frecuente en las negociaciones de vehículos, de omitir la realización de las diligencias de traspaso de la propiedad". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1º de noviembre de 2007, Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00065-00. Asimismo, la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá indicó: "Precisamente fue en este sentido que se profirió el fallo de inexecutable analizado, del cual se deduce que la propiedad no se puede ver vulnerada con una medida como declaratoria de abandono contemplada en el artículo 128 de la Ley 769 de 2002 (sic, es de 2002), retirado del ordenamiento jurídico, de tal manera que la responsabilidad del impuesto sobre vehículos automotores solo cesará a partir de la cancelación de la matrícula del automotor, o cuando se pierde la calidad de propietario y se registra este hecho ante las autoridades respectivas, mientras no se lleve a cabo éste trámite subsisten todas y cada una de las obligaciones tributarias, en cabeza de quien figure como propietario en los registros automotores". Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, Concepto No. 1197 Del 2 de septiembre de 2009.

517 "Son sujetos pasivos de los impuestos departamentales y municipales, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y aquellas en quienes se realicen el hecho gravado a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos en quienes se figure el hecho generador del impuesto. En materia de impuesto predial y valorización los bienes de uso público y obra de infraestructura continuarán excluidos de tales tributos, excepto las áreas ocupadas por establecimientos mercantiles. Son sujetos pasivos del impuesto predial, los tenedores a título de arrendamiento, uso, usufructo u otra forma de explotación comercial que se haga mediante establecimiento mercantil dentro de las áreas

## g. El caso concreto

### 1. El pago de las obligaciones e impuestos causados con anterioridad al decreto de la medida cautelar con fines de comiso o al comiso definitivo

El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala respecto a quién corresponde el pago de las obligaciones e impuestos causados con anterioridad al decreto de la medida cautelar con fines de comiso o al comiso definitivo. Con el propósito de responder a este interrogante, la Sala se referirá a:

- i) La obligación que recae en la Fiscalía General de la Nación de pagar los tributos y obligaciones de los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso, en virtud de la calidad que tiene el FEAB de administrador de dichos bienes.
- ii) La obligación de pagar los tributos y obligaciones de la Fiscalía General de la Nación como adjudicataria del bien sobre el cual se decretó el comiso definitivo.

Esta forma de abordar el estudio, obedece a que el deber de la Fiscalía General de la Nación de cubrir dichos pagos, si hay lugar a ello, dependerá de la calidad con la que actúe respecto del bien que fue objeto del comiso. Asimismo, el análisis se referirá a la Fiscalía General de la Nación toda vez que: i) el FEAB es una cuenta especial sin personería jurídica que pertenece a este organismo y ii) los bienes sobre los cuales se decreta el comiso son adjudicados en principio a esta<sup>518</sup>.

### 1) Sobre la obligación de la Fiscalía General de la Nación de pagar los tributos y obligaciones que se hayan generado respecto de los bienes cuya administración corresponde al FEAB por haber sido objeto de medidas cautelares con fines de comiso.

Encuentra la Sala que no existe norma expresa en la Ley 1615 de 2013 que exonere del pago de los impuestos, obligaciones o intereses remuneratorios o moratorios a los bienes sujetos a medidas cautelares con fines de comiso o sobre los que se ha decretado el comiso de forma definitiva. Tampoco existe disposición alguna en dicha ley que autorice suspender el proceso de cobro coactivo que tenga como objeto dichos bienes. Al revisar la historia legislativa de la Ley 1615 de 2013 se encuentra que el texto original del proyecto de ley incluía una disposición específica o particular para regular lo referente a las obligaciones tributarias sobre los bienes que integran el Fondo. Así, el artículo 14 señalaba:

---

objeto del contrato de concesión correspondientes a puertos aéreos y marítimos. (...) Frente al impuesto a cargo de los patrimonios autónomos los fideicomitentes y/o beneficiarios, son responsables por las obligaciones formales y sustanciales del impuesto, en su calidad de sujetos pasivos. En los contratos de cuenta de participación el responsable del cumplimiento de la obligación de declarar es el socio gestor; en los consorcios, socios o partícipes de los consorcios, uniones temporales, lo será el representante de la forma contractual". En virtud de esta norma, en el caso de Bogotá se ha señalado: "Con la entrada en vigencia de la Ley 1430 de 2010, para efectos del impuesto predial e impuesto sobre vehículos automotores, la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación de declarar y pagar el impuesto por la vigencia gravable 2011, recae exclusivamente en los fideicomitentes y/o beneficiarios, en su calidad de sujetos pasivos, tal como lo dispone en forma expresa el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 y el artículo 15 del Acuerdo Distrital 469 de 2011.

La fiduciaria respecto de los bienes fideicomitidos no tiene la plena propiedad, solo puede ejercer sobre estos bienes los actos de propiedad que le hubieren sido indicados en el contrato de fiducia o que le fueren autorizados, o todos aquellos que no pugnen con el propósito central del contrato de fiducia". Subdirección Jurídica Tributaria, Secretaría de Hacienda Distrital, Concepto 1207 de 2011 del 28 de marzo de 2011.

518 "Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente". Ley 906 de 2004, artículo 82.

*“Impuestos. Quedarán exceptuados del pago de impuestos que se causen, los bienes que se encuentran bajo la administración provisional del Fondo, así mismo, tampoco causaran intereses ni sanciones durante el tiempo en que se encuentren cobijados por medidas cautelares, siendo en todo caso una obligación a cargo del titular del bien.*

*En cualquier caso, decretado el comiso de los bienes a favor de la Fiscalía General de la Nación, las deudas por tales conceptos no se trasladarán a esta”.*

Frente a esta norma, la Fiscalía General de la Nación indicó durante el trámite legislativo:

*“(…) algunos tenían la inquietud con el tema tributario, la declaratoria de comiso significa que un juez de la República, ha señalado que la Fiscalía General de la Nación se convierte en titular del bien, producto de la actuación penal del proceso penal, a partir de allí y una vez ejecutoriada la providencia que así lo defina, pues como propietarios automáticamente nos surge la carga tributaria que ello lleva inmerso.*

*Si estamos frente a un inmueble pues será el impuesto predial y si estamos frente a un vehículo será el impuesto de vehículos, adicionalmente también hemos previsto que frente al titular que no tiene la posibilidad de disfrutar materialmente de bien porque el mismo se encuentra a órdenes del proceso penal, que frente a ellos no se cause el tema tributario ¿Por qué? Porque no están ejerciendo en su totalidad el derecho de propiedad, tienen sesgado lo que es el uso y el goce del mismo, entonces esto también nos parece muy importante para contribuir a lo que corresponde al derecho de la propiedad y no ir en contravía de esas facultades que se derivan de dicho derecho constitucional, en este escenario pues creo que esos son los aspectos más importantes para relevar del proyecto que ha sido presentado (...).*

*Bueno lo primero respecto a los comentarios y observaciones hechos al proyecto es bueno volver a comentarles lo siguiente; el proyecto dispone dos obligaciones tributarias diferentes la primera tal como usted lo señaló, la que se encuentra en el numeral 3 del artículo 3° referido a realizar las gestiones necesarias ante las autoridades pertinentes para el pago de impuestos esta función en cabeza del Fondo es única y exclusivamente frente a los bienes en donde se hubiere declarado el comiso, es decir donde un juez de la República hubiere dispuesto que el bien pasa a ser de propiedad de la Fiscalía General de la Nación, al convertirnos en propietarios automáticamente nos surge una de las obligaciones connaturales que es asumir la carga tributaria que se derive de dicha propiedad, la previsión tributaria que se establece en el artículo 14 hace referencia a los bienes que hubieren sido entregados al Fondo en carácter provisional, es decir los que siguen afectos a una investigación penal, donde no se hubiera resuelto su destino final, por eso hacemos la distinción en unos somos propietarios en los otros meros administradores o custodios de los mismos”<sup>519</sup>.*

Si bien de lo descrito puede observarse, que los asuntos relativos a: i) la exención de impuestos de los bienes del Fondo, ii) la no generación de intereses remuneratorios y moratorios durante el tiempo en que los bienes se encuentran cobijados por medidas



cautelares y iii) la prohibición, una vez decretado el comiso, de trasladar a la Fiscalía General de la Nación las deudas por estos conceptos, fueron previstos inicialmente por el artículo 14 del proyecto de ley, lo cierto es que no se incluyeron en el texto final de la Ley 1615 de 2013 por considerarse que iba en contravía de los artículos 154 y 194 de la Carta Política<sup>520</sup>.

Ahora bien, el Ministerio consultante propone la aplicación del artículo 9º de la Ley 785 de 2002 para resolver el problema jurídico que se analiza. Esta norma señala:

*“Los impuestos sobre los bienes que se encuentran bajo administración de la Dirección Nacional de Estupefacientes no causan intereses remuneratorios ni moratorios durante el proceso de extinción de dominio, y en ese lapso se suspenderá el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva. Declarada la extinción de dominio, y una vez enajenados los bienes, se cancelará el valor tributario pendiente por pagar con cargo al producto de la venta. En ningún caso el Estado asumirá el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación del bien”.*

A propósito de esta norma, cabe anotar que la Corte Constitucional en su oportunidad realizó un análisis sobre la misma y consideró que esta disposición no establecía una exoneración al pago de tributos, pues solamente determinó la suspensión de las obligaciones tributarias pendientes para que pudieran ser canceladas una vez el proceso de extinción de dominio hubiera terminado o se hubiera declarado la referida extinción<sup>521</sup>. Asimismo, estimó que la norma buscaba la protección de los intereses del Estado al determinar que en ningún caso podía este asumir el pago de las obligaciones tributarias causadas de for-

520 Así, en el Informe de Ponencia para el segundo debate publicado en la Gaceta 877 del 4 de diciembre de 2012 se señaló: “De otra parte, el artículo 14 del proyecto de ley establece que no habrá lugar al pago de impuestos que se causen por los bienes que se encuentran bajo la administración del Fondo. Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 154 de la Constitución Política establece: “Artículo 154. Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las leyes que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales” (se subraya). El presente proyecto de ley fue radicado por iniciativa parlamentaria y no gubernamental, adicionalmente, dentro de los impuestos que se gravan los bienes se encuentran principalmente el impuesto predial, para los bienes inmuebles y el impuesto de vehículos, para estos últimos bienes; ambos gravámenes son de titularidad de las entidades territoriales y a ellas está sujeta no solo su administración y recaudo sino también la facultad de eximir su pago. Sobre este último punto, el artículo 194 de la Constitución Política ha dispuesto que “la ley no podrá exceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales”. De acuerdo con lo anterior, el mencionado artículo 14 de la iniciativa sería inconstitucional por violación expresa de las disposiciones contenidas en los artículos 154 y 194 de la Carta Superior, por lo que se sugiere sea retirado del proyecto de ley”. Asimismo, en otra oportunidad se indicó: “(...) la otra observación que ya la tocamos al iniciar mi intervención era precisamente la que hablaba de la exoneración de tasas, impuestos y contribuciones a los bienes que eran incautados y que quedaban a cargo de la Fiscalía y al momento de su entrega cuando iban a ser recibidos tenían una cuenta de impuestos inmensa que valía más los impuestos que el mismo bien, eso se trató de incluir mirando a ver como se hacía una excepción a esta norma, pero obviamente la Constitución no permite que nosotros mediante una ley otorguemos una atribución especial y hagamos una exoneración de impuestos, de tasas y contribuciones a ningún particular y menos a la Fiscalía General de la Nación, eso se corrigió y se modificó en el nuevo texto que estamos presentando en el día de hoy”. *Gaceta del Congreso* del 11 de julio de 2013. En el mismo sentido, en la discusión Plenaria del 13 de diciembre de 2012 se señaló: “Con relación, había un proyecto, había un artículo donde se hacía una exención de impuestos con respecto a los bienes que se decomisaban y durante el tiempo en que fueran incautados o decomisados, obviamente esta no es una facultad que teníamos nosotros y este artículo fue suprimido del proyecto inicial y se modificó conforme lo pidió el señor Ministro de Hacienda”. *Gaceta del Congreso* 271 del 10 de mayo de 2013.

521 “Es decir, en esta disposición, el legislador no permite la exoneración de tributos, sino que simplemente las obligaciones tributarias quedan pendientes para ser canceladas con posterioridad, cuando ya el proceso haya culminado, o una vez se haya declarado la extinción de dominio. El artículo demandado, también protege los intereses (sic) del Estado al establecer que en ningún caso asumirá el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación del bien. (...) En todo caso, el valor de los impuestos que pertenezcan a la entidad territorial, seguirán siendo de ésta y a ella le deberán ser cancelados por la Dirección Nacional de Estupefacientes, si para el efecto se perciben ingresos como consecuencia de su administración. En caso de no ser así, se pagarán por el propietario del bien, si no se declara la extinción de dominio, o por el adquirente, si el bien se enajena luego de la declaración de extinción de dominio, en ningún caso se obligará al particular a pagar intereses moratorios o remuneratorios, del bien que no tuvo a su disposición”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de septiembre de 2004, C-887/04.

ma anterior a la incautación del bien<sup>522</sup>. Finalmente, señaló que la suspensión del término para iniciar o continuar con los procesos de jurisdicción coactiva mientras se declaraba la extinción de dominio sobre el bien, era un mecanismo importante para evitar contradicciones como las que se presentaban cuando en el proceso de extinción se cuestionaba la legitimidad de la propiedad, y a su vez existía un proceso paralelo que perseguía la satisfacción de una obligación con ese mismo bien<sup>523</sup>.

De igual forma, podría considerarse que al caso objeto de estudio resulta aplicable el artículo 110 de la Ley 1708 de 2014<sup>524</sup> el cual señala frente a los bienes improductivos sujetos a extinción de dominio, lo siguiente:

*“Pago de obligaciones de bienes improductivos. Las obligaciones que se causen sobre bienes con extinción de dominio o sobre bienes con medidas cautelares, tales como cuotas o expensas comunes, servicios públicos, y que son improductivos por no generar ingresos en razón a su situación o estado, se suspenderá su exigibilidad y no se causarán intereses, hasta cuando ocurra alguno de los siguientes eventos:*

- a) La generación de ingresos suficientes, hasta concurrencia de lo producido;*
- b) La enajenación y entrega del bien.*

*En el evento previsto en el literal b), el nuevo propietario del bien deberá sufragar el importe de las obligaciones no pagados durante la suspensión, dentro de los treinta días siguientes al cese de la suspensión.*

*Durante el tiempo de suspensión, las obligaciones a cargo de dichos bienes no podrán ser objeto de cobro por vía judicial ni coactiva, ni los bienes correspondientes podrán ser objeto de medidas cautelares”.*

Revisado el proyecto de ley y las normas descritas anteriormente, se advierte en primer lugar que si se interpretaran las disposiciones de la Ley 1615 de 2013 en el sentido de reconocer la existencia de los beneficios que quiso tener en cuenta el artículo 14 del proyecto que dio lugar a la ley en mención, se estaría actuando en clara contravía de la voluntad del legislador, pues es palmario que este mismo en el texto final los excluyó.

En segundo lugar, debe señalarse que tampoco se podría aplicar de forma extensiva el artículo 9º de la Ley 785 de 2002, pues esta disposición al establecer: i) excepciones a las reglas generales en materia de intereses y cobro coactivo, y ii) prohibir al Estado asumir el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación del bien,

522 “Tampoco puede considerarse que la norma acusada establezca una exención en relación con los tributos de propiedad de los entes territoriales, ya que dentro de los actos de administración, le corresponderá a la Dirección Nacional de Estupefacientes ejercer las actuaciones necesarias para el mantenimiento y conservación del bien, así como garantizar el pago oportuno de los impuestos (decreto 1461 de 2000), pago que se realiza a favor de la entidad donde se encuentre inscrito el bien incautado”. Ibidem.

523 “Por otra parte, la Sala considera que es constitucional establecer la suspensión del término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva mientras se declare la extinción de dominio, debido a que dada la naturaleza de la acción de extinción, en donde precisamente se cuestiona la legitimidad de la propiedad, es incompatible mientras dure el trámite de la misma, un proceso paralelo que busque el cumplimiento de una obligación insatisfecha”. Ibidem.

524 Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

no es susceptible de interpretarse de manera amplia o analógica, sino por el contrario, de manera estricta<sup>525</sup>. Siguiendo este razonamiento, tampoco sería posible aplicar el artículo 110 de la Ley 1708 de 2014 habida cuenta que esta disposición, así establezca la no causación de intereses y la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, la prohibición de adelantar acciones judiciales o de cobro coactivo, como también decretar medidas cautelares, al ser esta norma de carácter excepcional impide su empleo de manera analógica a los casos relacionados con los bienes administrados por el FEAB.

Teniendo en cuenta que no hay disposición en la Ley 1615 de 2013 que reconozca excepciones frente a la causación de impuestos e intereses moratorios o remuneratorios, o al inicio o continuación de procesos de cobro coactivo, respecto de bienes sujetos a una medida cautelar con fines de comiso ni tampoco existe norma aplicable por analogía al caso sometido a estudio, es forzoso concluir que deben aplicarse las reglas generales que regulan dichas materias.

Así, el pago de las obligaciones tributarias de los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso correspondería a su propietario o poseedor, por ser comúnmente los sujetos pasivos establecidos de acuerdo con la ley de creación del tributo<sup>526</sup>. Sin embargo, como dichos bienes se encuentran en administración por parte del FEAB, así este no sea propietario ni poseedor debería, mientras dichos bienes estén a su cargo, cubrir, por cuenta de quien sí tiene las señaladas calidades, las referidas obligaciones, de acuerdo con lo que a continuación se señala.

A la luz de la Ley 1615 de 2013, el FEAB no es propietario ni poseedor de los bienes que tiene en administración. En efecto, no tiene el dominio, toda vez que ninguna de las medidas cautelares con fines de comiso generan o conllevan la pérdida del derecho de

525 “No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de julio de 2013, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00407-00. “Las normas de exención de impuestos o contribuciones, por constituir una excepción al principio general de tributación de algún gravamen, son de interpretación restrictiva, de manera que se aplican solamente a los sujetos o a los eventos que expresamente hayan sido mencionados en la norma, sin que sea posible hacer una interpretación extensiva o analógica para englobar personas o situaciones similares que se beneficien de la exención”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 1999, Radicación número: 1227. “Finalmente, tampoco se le podría aplicar a los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales la excepción señalada por cuanto al tratarse de una disposición excepcional, no es posible realizar una interpretación extensiva sobre ella en virtud del principio según el cual las excepciones son de interpretación restrictiva (*Exceptio est strictissimae interpretationis*), principio este que ha sido reconocido en múltiples oportunidades por la jurisprudencia”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de febrero de 2014, Radicación Interna: 11001-03-06-000-2013-00529-00(2188). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 11 de octubre de 1994, Radicación número: 2824; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 11001-03-27-000-2006-00007-00(15919).

526 “Debe igualmente exponerse que en la obligación tributaria aparecen: i) el sujeto activo (entidades estatal con derecho a exigir el pago del tributo), ii) el sujeto pasivo (persona en quien recae la obligación correlativa), iii) el hecho generador (situación de hecho indicadora de una capacidad contributiva a la cual la ley confiere la virtualidad de generar la obligación tributaria) y iv) la base gravable y la tarifa (son los elementos determinantes de la cuantía misma de la obligación).

Sobre el sujeto pasivo esta Corporación ha distinguido dos tipos de obligados: “ ‘de iure’ que son aquellos que pagan formalmente el impuesto; y ‘de facto’ quienes en últimas deben soportar las consecuencias económicas del gravamen. Con el siguiente ejemplo se ilustra mejor lo expuesto: ‘En los tributos directos, como el impuesto a la renta, en general ambos sujetos coinciden, pero en cambio, en los impuestos indirectos (...) el sujeto pasivo de iure no soporta económicamente la contribución, pues traslada su costo al consumidor final’”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-209/16. “La Corte también coincide con los intervinientes en que el argumento del actor relativo a la capacidad económica de los importadores no es relevante, pues por ser el impuesto a la cerveza indirecto, el gravamen se traslada al consumidor. Por ello la doctrina suele distinguir entre sujeto pasivo de iure y sujeto pasivo de facto o socioeconómico. Así, el primero es quien tiene la obligación de pagar el impuesto, mientras que el segundo es quien efectivamente soporta las consecuencias económicas del mismo. En los tributos directos, como el impuesto a la renta, en general ambos sujetos coinciden, pero en cambio, en los impuestos indirectos, como el presente impuesto al consumo, el sujeto pasivo de iure no soporta económicamente la contribución, pues traslada su costo al consumidor final. Por consiguiente, en este tipo de tributos, no es relevante constitucionalmente la capacidad de pago de los importadores y productores, a pesar de ser los responsables del impuesto, pues no son ellos quienes soportan realmente la carga tributaria, la cual es trasladada al usuario”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de septiembre de 1996, C-412/96.

propiedad que tiene el titular sobre el bien. En esta dirección, la Corte Constitucional ha señalado que la incautación y la ocupación simplemente:

*“[C]omportan la toma de posesión, por parte de la autoridad competente, de los bienes objeto de las mismas. Su fin es sacar del comercio los bienes y recursos considerados como susceptibles de comiso, mientras se toma una decisión definitiva al respecto”<sup>527</sup>.*

Por su parte, la suspensión del poder dispositivo no genera la desaparición del derecho de dominio, pues esta busca, como su nombre lo indica, evitar cualquier enajenación o negocio jurídico sobre los bienes o recursos objeto de la medida<sup>528</sup>.

Tampoco puede catalogarse al FEAB como poseedor del bien, como quiera que de acuerdo con los artículos 762 y 775 del Código Civil es poseedor quien tiene la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño<sup>529</sup>, y mero tenedor, quien la tiene reconociendo dueño ajeno<sup>530</sup>.

De esta suerte, el FEAB, al no ser propietario ni poseedor de los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso, sino simplemente su administrador, tal como se desprende de los artículos 86 de la Ley 906 de 2004<sup>531</sup> y 3º de la Ley 1615 de 2013<sup>532</sup>, no tendría en

527 Corte Constitucional. Sentencia del 20 de agosto de 2014, C-591/14.

528 “Se pretende con esta medida suspender cualquier enajenación o negocio jurídico que se intente realizar con respecto a los bienes o recursos para distraerlos, ocultarlos o enajenarlos. Procede respecto a toda clase de bienes, sean muebles e inmuebles”. Ferial Bello y Caballero Ariza, ob. cit., p. 47.

529 “La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Código Civil, artículo 762. “Dos son los elementos que caracterizan a la posesión: el corpus y el animus. El corpus es el elemento físico, material u objetivo, que se manifiesta en una potestad de hecho sobre la cosa, regularmente representada por el apoderamiento o, en palabras del Código, por la tenencia material de la misma. (...) El animus, en cambio, es el elemento intelectual, inmaterial o subjetivo. Es un especial estado del espíritu que se manifiesta en un comportamiento no pasivo, sino activo, casi en otro acto material positivo, pues el poseedor se comporta como señor y dueño (según la expresión que emplea el Código) de la cosa, es decir, no reconociendo dominio ajeno”. Gonzalo Ruz Lártiga, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo III, Abeledo Perrot, 2011, p. 121. “El animus es el elemento psicológico de la posesión. Consiste en la intención del poseedor de comportarse como si fuese el titular del derecho sobre la cosa poseída”. Francisco Ternera Barrios, Derechos Reales, 4ª edición, Editorial Temis S.A., 2015, p. 291.

530 “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestrador, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa enajenada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”. Código Civil, artículo 775. “El artículo 762 del Código Civil ha definido la posesión como “...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...”, es decir que para su existencia se requiere del animus y del corpus, esto es, del elemento interno, psicológico o intención del dominus, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir a partir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el lapso que dure aquella.

Por otra parte, tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que en relación con los bienes, las personas pueden encontrarse en una de las siguientes tres situaciones, cada una con diferentes consecuencias jurídicas y distintas prerrogativas para su titular: a) Como mero tenedor, caso en el cual, simplemente detenta materialmente el bien, frente al que reconoce dominio ajeno (art. 775 Código Civil); b) como poseedor, cuando, además de ostentar “materialmente la cosa”, tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el precepto 762 Ibídem, es reputado como tal mientras otro no justifique serlo; c) como propietario, si efectivamente es titular de un derecho real sobre ella, con exclusión de todas las demás personas, condición que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar de la misma, conforme a la ley y función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.).

De lo expresado anteriormente se establece que el elemento que particularmente distingue la “tenencia” de la “posesión”, es el animus, dado que en aquella no se detenta el objeto con ese espíritu y se “reconoce dominio ajeno”, mientras que en la segunda, según lo expuesto, se requiere de los dos presupuestos, es decir, tanto de la aprehensión física del bien, como de la voluntad de ostentarlo como verdadero dueño”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de agosto de 2013, Referencia: 11001-31-03-033-2004-00255-01.

531 “Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración de acuerdo con los sistemas que para tal efecto desarrolle el Fiscal General de la Nación, y deberán ser relacionados en el Registro Público Nacional de Bienes. Tales medidas deberán inscribirse dentro de los tres (3) días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita”.

532 “El Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía administrará los bienes de acuerdo con las normas generales y los distintos sistemas establecidos en la presente ley, cuando sean aplicables de conformidad con la situación jurídica del bien objeto de administración, ejercerá el seguimiento, evaluación y control; además tomará de manera oportuna las medidas correctivas a que haya lugar para procurar la debida administración de los bienes, en observancia de los principios de la función administrativa, señalados por el artículo 209 de la Constitución Política”.

principio a su cargo la cancelación de los impuestos de los bienes que administra y que tienen como sujetos pasivos a sus dueños o poseedores.

Aun así, la Fiscalía General de la Nación, por virtud de las normas que se deben aplicar al FEAB en su condición de administrador de bienes ajenos<sup>533</sup>, como serían las relativas al depósito<sup>534</sup>, secuestro<sup>535</sup> y mandato<sup>536</sup>, tendría la carga de pagar las obligaciones relacionadas con el bien que tenga en custodia, las que incluyen por supuesto las de naturaleza tributaria.

Sobre el mandato y sus efectos la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“Acerca del «mandato» en general, el artículo 2142 del Código Civil, en lo pertinente prevé que «es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera» (...)*

*Esta Corporación, en fallo CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 2005-00181-01, acerca del mencionado acuerdo, en lo pertinente sostuvo: (...)*

*En uno u otro caso, el mandato podrá contener o no la representación. Cuando es representativo, el mandatario actúa en nombre, por cuenta y riesgo del mandante, invocando, dando a conocer o haciendo cognoscible esta condición (contemplatio domini), los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico celebrado, concluido o ejecutado dentro de los precisos límites, facultades y atribuciones otorgadas en el poder (procura), tanto inter partes cuanto respecto de terceros, recaen en forma directa e inmediata sobre el patrimonio del dominus, titular exclusivo de los derechos y sujeto único de las obligaciones, por ende, de las acciones y pretensiones inherentes, como si hubiera actuado e intervenido directa y personalmente. (...)*

*Contrario sensu, en el mandato no representativo, en rigor, el mandatario carece de la representación del mandante, y por consiguiente, actúa a riesgo y por cuenta ajena pero en su propio nombre, en cuyo caso, se presenta como parte directa interesada y frente a*

533 Sobre las normas que regulan el asunto de los bienes ajenos, la jurisprudencia en un estudio relacionado con el contrato estatal señaló: “En materia de contratación estatal, el artículo 26 numeral 4º de la Ley 80 de 1993, prevé que las actuaciones de los servidores públicos están presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos, es decir, por las consagradas en los artículos 63, 1604 y 2155 del Código Civil, que establecen la responsabilidad hasta de la culpa leve”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de julio de 1996, Radicación número: 846. “En este sentido, se tiene que dentro de las potestades otorgadas a los encargados de los bienes bajo medidas cautelares, se encuentran las señaladas en el artículo 2158 Ibidem, el cual preceptúa: El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de septiembre de 2015, Referencia: 61735.

534 “Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituir en especie. La cosa depositada se llama también depósito”. Código Civil, artículo 2236.

535 “El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor.

El depositario se llama secuestre. Código Civil, artículo 2273. “Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en las leyes de procedimiento”. Código Civil, artículo 2274. “El secuestre tendrá, como depositario, la custodia de los bienes que se le entreguen, y si se trata de empresa o de bienes productivos de renta, las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo. (...)”. Ley 1564 de 2012, artículo 52. En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

536 “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”. Código Civil, artículo 2142.

*terceros figura como titular de los derechos, es sujeto pasivo de las obligaciones, ostenta la posición de parte, tiene legitimación jurídica para exigirlos y está sometido a las acciones y pretensiones respectivas.*

*La figura legis, precisa que el agente, no obstante actuar por cuenta ajena en virtud del encargo de gestión, lo hace en nombre propio, ya por expresarlo, bien por ausencia de claridad y precisión al tratar con tercero, en cuyo caso, los efectos del acto se radican exclusivamente en su patrimonio. Naturalmente, la fisonomía del mandato no representativo, comporta al interés final del mandante y, por lo mismo, en definitiva sobre su patrimonio recaerán las consecuencias benéficas o adversas de los actos o negocios comprendidos en el encargo de gestión, ejecutado por su cuenta y riesgo, aunque en nombre propio por el mandatario”.*

En lo que se refiere a la conducta que debe esperarse del mandatario, la misma Corporación ha indicado que este no debe limitarse a la simple custodia y conservación de los bienes, sino que debe buscar su explotación económica y actuar con la diligencia y cuidado del dueño<sup>537</sup>.

Por su parte el artículo 2158 del Código Civil determina las facultades del mandatario en los siguientes términos:

*“El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial”<sup>538</sup>.*

Como puede observarse, esta disposición establece que el mandatario tiene la facultad de pagar las deudas del mandante, potestad que debe entenderse en el sentido que incluye tanto el pago de obligaciones tributarias, como de obligaciones de otra índole, pues el artículo no hace ningún tipo de distinción frente a la naturaleza de la deuda. Igual-

537 “La administración de todo patrimonio por un mandatario, ha precisado la Corporación, “... supone la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquella, cual es, no el de mera custodia y conservación, sino el de producir la explotación económica de los bienes. El mandatario en ese caso hace o debe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque eso es lo que explica la posesión de las cosas lucrativas, de la misma manera el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato intuitu personae. Por eso la ley hace responsable al mandatario hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo (art. 2.155 del C.C.), esto es, que debe velar como velaría un buen padre de familia sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el mandato remunerado” (G. J. T. XLV, pág. 462)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 1998, Referencia: 4821.

538 En el caso del secuestro el artículo 2279 del Código Civil señala: “El secuestro de un inmueble tiene relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”. Por su parte la jurisprudencia ha señalado: “El mandatario, en concordancia con el artículo 2158 de la última obra mencionada, tiene el poder de efectuar los actos de administración, como pagar deudas y cobrar los créditos del mandante, perseguir en juicio a los deudores, intentar acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante al giro administrativo ordinario, contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de abril de 2014, Referencia: 34047.

mente, la norma no diferencia entre deudas causadas antes del mandato, de aquellas causadas durante la vigencia de este.

De otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2279 del Código Civil, las facultades y deberes del mandatario les son igualmente exigibles al secuestre de un inmueble<sup>539</sup>. De ahí que la DIAN haya considerado a este último como un mandatario del propietario<sup>540</sup>.

Bajo estas consideraciones, encuentra la Sala que al ser el FEAB el administrador de los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso, y en atención a las obligaciones que de dicha calidad se derivan, corresponde a la Fiscalía General de la Nación pagar los impuestos relacionados con estos bienes.

La postura sostenida por la Sala es afín con la adoptada por la doctrina especializada y la jurisprudencia al analizar el caso de la administración de bienes sujetos a un proceso de extinción de dominio. En esta dirección, la Secretaría de Hacienda Bogotá señaló:

*“Es importante aclarar que, aunque mientras se encuentra en curso el proceso de extinción de dominio el afectado pierde las facultades de disposición y administración de los bienes objeto del mismo, con el fin de evitar que los enajene, este continúa siendo el titular de los derechos de dominio hasta que se determine si estos son devueltos o si es extinguido el derecho de dominio a favor del Estado; por lo tanto, solo hasta cuando finalice dicho proceso y se declare la titularidad de los bienes a favor del Estado, el afectado con la medida de extinción del derecho de dominio deja de tener derechos reales sobre la propiedad de los bienes; sin embargo, teniendo en cuenta que la entidad administradora del Frisco debe ser diligente y eficiente en el cumplimiento de sus funciones, a partir del momento en que los bienes son incautados y puestos a su disposición, debe presentar las declaraciones a nombre del contribuyente y pagar los impuestos liquidados en las mismas, dentro del término legal, con los dineros que produzcan los mismos o, si no, en forma posterior con cargo a la venta de los bienes si estos son objeto de extinción de dominio a favor del Estado.*

*Si durante el proceso de extinción de dominio la entidad administradora del Frisco no cumple con su obligación formal de declarar como administrador del bien, debe responder con sus propios recursos por las sanciones por no declarar a que haya lugar; de igual manera, si tiene con qué pagar los impuestos en forma oportuna y no lo hace, debe responder*

539 “El secuestre de un inmueble tiene relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado: “Pues bien, de conformidad con el art. 683 del C. P. C. y 2158 del CC, el secuestre tiene la custodia de los bienes que se le entreguen y al contar con las atribuciones propias del mandatario, puede cobrar, entre otros, los títulos valores que se le hayan entregado para lo cual, inclusive, está facultado para iniciar las acciones judiciales correspondientes”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de abril de 2015, Referencia: 58563. Asimismo, la doctrina ha señalado: “Normalmente al secuestre se le ha definido, siguiendo la apreciación de los artículos 8º y 9º del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 2273 del Código Civil, y entonces se dice que es un auxiliar de la justicia, depositario de bienes. Pero, si a esos artículos se hace la integración normativa o proposición jurídica completa, con el artículo 683, inciso primero del Código de Procedimiento Civil, se verá que no solamente es un depositario, sino que además es un mandatario. El secuestre es un auxiliar de la justicia cuya función es la de servir de depositario o, de mandatario de los bienes que le sean retirados al embargo”. Heliodoro Fierro-Méndez, Manual de derecho procesal penal, 5ª edición. Editorial Leyer, 2012, p. 713.

540 Así, en el concepto 089043 del 20 de diciembre de 2004 la señalada autoridad indicó: “Quedando establecido que al secuestre se atribuyen las mismas facultades y deberes del mandatario, es pertinente tomar en cuenta la definición que del mandato da el Código Civil en su artículo 2142 que manifiesta: (...) En este orden, es claro que el secuestre es mandatario del propietario del bien secuestrado (...) De esta manera, en principio es el mandante quien debe declarar y pagar el impuesto a la Administración tributaria, directamente o por intermedio de mandatario, en los términos de los artículos 572, 572-1 y demás normas concordantes del Estatuto Tributario”.

por los intereses de mora que se generen, los cuales debe pagar con los recursos propios. Al respecto, en el Concepto No. 1182 de 2005 de la Subdirección Jurídico tributaria, se indicó:

*“En este orden de ideas, en el caso en que la Dirección Nacional de Estupefacientes tenga con que pagar los impuestos en forma oportuna resultado de su administración eficiente y no lo haga, se generarán los respectivos intereses remuneratorios y de mora, debiendo responder con sus recursos propios, por su falta de cuidado y diligencia como administrador del bien”. (...)*

*Si pese a todas las gestiones y eficiente desempeño de la entidad administradora del Frisco, los bienes no fueron productivos y fue declarada la extinción del derecho de dominio a favor del Estado, dicha entidad no está obligada a cancelar intereses de mora en razón a que nadie está obligado a lo imposible; por lo tanto, habrá lugar a ajustar la cuenta corriente individual de los contribuyentes por las vigencias que se causaron durante el trámite del proceso de extinción de dominio.*

*Así mismo, si los bienes objeto de un proceso de extinción de dominio son devueltos a su propietario, en ningún caso se cobrarán intereses remuneratorios y/o de mora al propietario de los mismos por las vigencias que se causaron durante el proceso de extinción de dominio, en razón a que él no los tuvo a su disposición y, por ende, no podía responder por ese concepto; al este respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-887 de 2004, señaló: “(...) en ningún caso se obligará al particular a pagar intereses moratorios o remuneratorios, del bien que no tuvo a su disposición (...)”.*

*De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que la entidad administradora del Frisco, debe ser diligente y eficiente en el cumplimiento de sus funciones como administradora de los bienes incautados y puestos a su disposición y garantizar que los mismos sean o continúen siendo productivos y evitar que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público, de manera subsidiaria con el propietario debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de tipo formal, como lo es la presentación oportuna de las declaraciones de impuestos y la cancelación de los mismos con el producto del bien entregado a su cuidado.*

*En caso que durante el proceso de extinción de dominio la entidad administradora del Frisco, no haya presentado las declaraciones del impuesto del bien incautado, la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá (DIB), en el proceso de determinación a que haya lugar, vinculará al propietario del inmueble y subsidiariamente a la Dirección Nacional de Estupefacientes por no haber presentado las declaraciones respectivas. Este proceso debe ser realizado dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar por la Administración Tributaria.*

*Teniendo en cuenta que la entidad administradora del Frisco, tiene entre sus deberes el pago oportuno de los impuestos de los bienes incautados, siempre que los ingresos que ellos produzcan así lo permitan, cuando no tenga el dinero para cancelar oportunamente los impuestos, puede solicitar facilidades para el pago de los mismos, así como para la cancelación de los intereses de mora y de las sanciones a que haya lugar; en todo caso, la enti-*



*dad administradora del Frisco debe ser diligente y eficiente en el cumplimiento de sus funciones como administradora de los bienes incautados que sean puestos a su disposición*<sup>541</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional determinó en la sentencia C-887 de 2004 que la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes debía pagar los impuestos de los bienes que administraba:

*“Tampoco puede considerarse que la norma acusada establezca una exención en relación con los tributos de propiedad de los entes territoriales, ya que dentro de los actos de administración, le corresponderá a la Dirección Nacional de Estupefacientes ejercer las actuaciones necesarias para el mantenimiento y conservación del bien, así como garantizar el pago oportuno de los impuestos (decreto 1461 de 2000), pago que se realiza a favor de la entidad donde se encuentre inscrito el bien incautado. En este sentido, deberá entenderse que si el pago del impuesto se hace a tiempo, no tiene porqué generarse un interés moratorio.*

*En todo caso, el valor de los impuestos que pertenezcan a la entidad territorial, seguirán siendo de esta y a ella le deberán ser cancelados por la Dirección Nacional de Estupefacientes, si para el efecto se perciben ingresos como consecuencia de su administración. En caso de no ser así, se pagarán por el propietario del bien, si no se declara la extinción de dominio, o por el adquirente, si el bien se enajena luego de la declaración de extinción de dominio, en ningún caso se obligará al particular a pagar intereses moratorios o remuneratorios, del bien que no tuvo a su disposición”.*

De esta forma, la obligación de la Fiscalía General de la Nación de cubrir, por cuenta del propietario o poseedor del bien, los impuestos y las obligaciones relacionadas con los bienes que administra el FEAB, aplica tanto en el caso de aquellas causadas con anterioridad a la medida cautelar, como en las que se causen luego de decretada, pues el Fondo: i) adelanta la administración de los bienes por cuenta del titular de los mismos, ii) en su calidad de administrador, y por tanto de mandatario del titular del bien, tiene la facultad de pagar las deudas de este último, iii) tiene la obligación de realizar los actos requeridos para la adecuada disposición, mantenimiento y conservación de los bienes, buscando además conservar su productividad, y iv) debe actuar de forma diligente y eficiente en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, el no pago de las obligaciones causadas, ya sea antes o durante la vigencia de la medida cautelar, podrían dar lugar al inicio de procesos judiciales o de cobro coactivo que en últimas lleven a la pérdida del bien<sup>542</sup>.

En suma, los impuestos de los bienes sujetos a una medida cautelar con fines de comiso, causados con anterioridad y durante la vigencia de la medida, deben ser pagados por quienes tienen la calidad de sujetos pasivos del tributo, los cuales generalmente son los dueños o poseedores de los bienes. Igualmente, estos últimos tienen a su cargo el pago

541 Secretaría de Hacienda de Bogotá, Concepto No. 1227 del 20 de noviembre de 2014.

542 “Si vencido el término para excepcionar no se hubieren propuesto excepciones, o el deudor no hubiere pagado, el funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

Parágrafo. Cuando previamente a la orden de ejecución de que trata el presente artículo, no se hubieren dispuesto medidas preventivas, en dicho acto se decretará el embargo y secuestro de los bienes del deudor si estuvieren identificados; en caso de desconocerse los mismos, se ordenará la investigación de ellos para que una vez identificados se embarguen y secuestren y se prosiga con el remate de los mismos”. Estatuto Tributario, artículo 836.

de las obligaciones de naturaleza no tributaria relacionadas con dichos bienes que se hayan causado antes y durante la vigencia de la medida.

Como es posible que los sujetos mencionados no cubran dichos pagos mientras los bienes estén en administración por parte del FEAB, corresponde a la Fiscalía General de la Nación cancelarlos por cuenta de estos. Sin embargo, no puede perderse de vista que el hecho de que la Fiscalía deba pagar los referidos impuestos y obligaciones por razones de la función de administración, no implica que el titular del bien deje de ser responsable de su pago, pues la entidad simplemente actúa por cuenta de este, quien sigue teniendo la calidad de deudor o sujeto pasivo del tributo.

Es importante señalar que el pago que realiza la Fiscalía debe hacerse en principio con los recursos del propio Fondo, teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 10° de la Ley 1615 de 2013<sup>543</sup> y 14<sup>544</sup> de la Resolución 1296 de 2015<sup>545</sup>.

De otra parte, en lo que respecta al momento para el pago de las obligaciones tributarias causadas desde el decreto de la medida cautelar con fines de comiso y la terminación del proceso penal, pregunta que realiza también el Ministerio de Justicia y del Derecho, considera la Sala que al no existir norma expresa que suspenda dicho pago, este debe realizarse por la Fiscalía dentro los plazos determinados por las correspondientes autoridades tributarias<sup>546</sup>.

En este punto es importante indicar que no es posible la aplicación analógica del artículo 9° de la Ley 785 de 2002, como lo sugiere el Ministerio consultante, puesto que si bien, la norma permite que los impuestos causados durante el proceso de extinción de dominio se cancelen una vez se haya declarado la extinción y enajenados los bienes, dicha disposición es de carácter excepcional.

## **2) La obligación de pagar los tributos y obligaciones de la Fiscalía General de la Nación como propietaria del bien sobre el cual se decretó el comiso definitivo**

El artículo 82 de la Ley 906 de 2004 señala como regla general que los bienes objeto de comiso pasarán de forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación. Ante esta situación, es necesario establecer la responsabilidad de la entidad, como nueva propietaria, frente a las obligaciones y los impuestos relacionados con los bienes recibidos.

543 "Con arreglo a las normas presupuestales, los bienes, dineros y recursos del Fondo deben ser destinados a su administración y específicamente se dirigirán a:

1. La financiación de los gastos y costos que genera la administración y mantenimiento de los bienes a que hace referencia el artículo cuarto de la presente ley.  
2. La financiación de los gastos y costos que genera el cumplimiento de las funciones legales y reglamentarias del Fondo Especial para la Administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación, entre ellas, eventuales indemnizaciones o devoluciones de bienes sobre los cuales no se ha decretado el comiso definitivo. (...)."

544 "Los gasto (sic) que demande la administración de bienes puestos a disposición del FEAB estarán a cargo de los recursos asignados al FEAB o de los gastos de funcionamiento de la entidad, conforme a las normas presupuestales vigentes".

545 "Por medio de la cual se organiza el funcionamiento del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, se establecen lineamientos de gestión contractual y se dictan otras disposiciones".

546 Así por ejemplo, el artículo 811 del Estatuto Tributario señala: "El pago de los impuestos, anticipos y retenciones, deberá efectuarse dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional. En el caso de importaciones, el impuesto a las ventas se liquidará y pagará conjuntamente con la liquidación y pago de los derechos de aduana".

### a) Obligaciones e impuestos causados antes de la adquisición del derecho de dominio

Para resolver este asunto, sea lo primero indicar que se debe analizar las particularidades de cada caso con el fin de definir si las disposiciones que regulan la situación, establecen la obligación del pago respectivo. Así por ejemplo, en el caso de bienes sometidos al régimen de propiedad horizontal, el artículo 29 de la Ley 675 de 2001 define la responsabilidad solidaria entre el antiguo y el nuevo propietario frente a las expensas comunes no pagadas por el primero<sup>547</sup>.

También debe observarse el tipo de obligación para determinar el sujeto obligado a realizar el pago. De esta suerte, cuando se trate de obligaciones e impuestos que comporten una obligación de naturaleza real<sup>548</sup>, si la Fiscalía General de la Nación no los cubrió cuando estuvo administrando los bienes, le corresponde ahora, como propietaria, su cancelación, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del impuesto predial unificado, regulado en el artículo 60 de la Ley 1430 de 2010 que establece:

*“Carácter real del impuesto predial unificado. El impuesto predial unificado es un gravamen real que recae sobre los bienes raíces, podrá hacerse efectivo con el respectivo predio independientemente de quien sea su propietario, de tal suerte que el respectivo municipio podrá perseguir el inmueble sea quien fuere el que lo posea, y a cualquier título que lo haya adquirido.*

*Esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido el inmueble en pública subasta ordenada por el juez, caso en el cual el juez deberá cubrirlos con cargo al producto del remate.*

547 “Los propietarios de los bienes privados de un edificio o conjunto estarán obligados a contribuir al pago de las expensas necesarias causadas por la administración y la prestación de servicios comunes esenciales para la existencia, seguridad y conservación de los bienes comunes, de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal.

Para efecto de las expensas comunes ordinarias, existirá solidaridad en su pago entre el propietario y el tenedor a cualquier título de bienes de dominio privado.

Igualmente, existirá solidaridad en su pago entre el propietario anterior y el nuevo propietario del respectivo bien privado, respecto de las expensas comunes no pagadas por el primero, al momento de llevarse a cabo la transferencia del derecho de dominio”.

548 Las obligaciones reales o “propter rem” han sido definidas por la doctrina en los siguientes términos: “El ordenamiento jurídico no define las llamadas obligaciones propter rem –en razón (propter) de la cosa (rem)–, pero su denominación ya está indicando que son aquellas que surgen en razón de la cosa. Llamadas también obligaciones reales o cargas reales porque van aparejadas con un derecho real, o ambulatorias porque ambulaban con el derecho real donde éste se encuentre se encontrará la obligación propter rem. Se quiere así distinguirlas de las obligaciones comunes u ordinarias. (...) Surgen como consecuencia de un derecho real principal que obligan a su titular a cumplir una prestación”. Hernán Darío Velásquez Gómez, Estudio sobre obligaciones, Editorial Temis S.A., 2010, p. 113. “Y las obligaciones que acceden a un derecho real se suelen denominar obligaciones reales o propter rem y se caracterizan porque colocan al deudor en la necesidad de ejecutar una prestación, exclusivamente en razón y en la medida del derecho real que aquel tiene sobre la cosa, v. gr. la obligación que tiene el propietario de un fundo de contribuir con sus vecinos en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento común”. Guillermo Ospina Fernández, Régimen general de las obligaciones, Editorial Temis S.A., 2001, p. 24. “En medio de una división tajante entre derecho real y de crédito se advierte una especie de zona intermedia o franca formada por relaciones que evidentemente son de índole personal, pero que surgen a favor y a cargo de quienes ocupan un determinado sitio dentro de una relación real y en razón de ella, y que, siendo ciertamente crediticias, algunos toman como proyecciones o derivados de derechos reales (servidumbres prediales), absorbidas por estos. (...) Dentro de los fenómenos que se presentan en esta zona de confluencia unos reciben el apelativo genérico de obligaciones reales o propter rem. Denominación que, valga repetirlo, conviene al rasgo fundamental de que surgen y deambulan en función de un derecho real y que no recaen sobre una persona, el deudor sino en cuanto es titular de un derecho real y en razón de él”. Fernando Hinestrosa, Tratado de las obligaciones, Tomo I, 3ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 300-301. Véase igualmente: Manuel Borja Soriano, Teoría general de las obligaciones, 15ª edición, Editorial Porrúa, 1997, p. 78. Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones civiles, 5ª edición, Oxford University Press, 2003, p. 23. Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, Compendio de derecho de las obligaciones, Librería Editorial Platense, 1986, p. 21. “Nuestro Código Civil contiene numerosas obligaciones propter rem. Ejemplo de ellas son los artículos 855, que obliga al usufructuario a pagar las pensiones, cánones e impuestos y, en general, cargas con que haya sido gravada la cosa dada en usufructo; 900, por el cual los dueños de predios vecinos tienen obligación de concurrir en conjunto a los gastos de deslinde y demarcación; 916, que establece que las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento común serán a cargo de quienes tienen la propiedad de los predios que se benefician con tal cerramiento; 2419, por cuyo texto el acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda, y responde de los deterioros sufridos por la cosa imputables a su hecho o culpa”. Jorge Cubides Camacho, Obligaciones, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 77.

*Para autorizar el otorgamiento de escritura pública de actos de transferencia de domicilio sobre inmueble, deberá acreditarse ante el notario que el predio se encuentra al día por concepto del impuesto predial.*

*Para el caso del autoavalúo, cuando surjan liquidaciones oficiales de revisión con posterioridad la transferencia del predio, la responsabilidad para el pago de los mayores valores determinados recaen en cabeza del propietario y/o poseedor de la respectiva vigencia fiscal”<sup>549</sup>.*

Esta norma ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que el referido impuesto incorpora una obligación real<sup>550</sup>:

*“Ahora bien a partir de la expedición de la Ley 1430 de 2010, en el artículo 60 se introdujo un cambio importante pues esta ley dispuso que del IPU nace una obligación real y no una obligación personal. Se debe aclarar que el IPU fue y sigue siendo un gravamen real, pues, como se explicó, el aspecto material se define con total independencia del elemento subjetivo, y sobre esto no hay ninguna modificación; no obstante, ahora de él nace una obligación real y no una obligación personal como ocurrió hasta la expedición de la Ley 1430 de 2010”.*

*Las implicaciones de este cambio son trascendentales pues significa que el sujeto activo de la obligación (municipios y distritos) puede perseguir el bien para hacer efectivo el pago del impuesto, independientemente de quién sea su propietario y el título al que lo haya adquirido”<sup>551</sup>.*

Asimismo, la Secretaría de Hacienda de Bogotá indicó en el Concepto 1207 de 2011 del 28 de marzo de 2011:

*“Otorga la Ley, carácter de gravamen real al impuesto predial unificado, siendo su consecuencia más importante que podrá hacerse efectivo independientemente de quien sea su propietario. No obstante lo anterior, es necesario precisar que este tratamiento aplica respecto de las transferencias de dominios que se realicen a partir de la vigencia de la ley y transmiten exclusivamente las obligaciones contenidas en declaraciones privadas a cargo del tradente. No obstante lo anterior, es necesario precisar que el carácter de gravamen real lo ostenta el impuesto predial unificado que se causa a partir de la vigencia de la Ley 1430 de 2010, luego frente a las obligaciones derivadas de períodos anteriores la obligación*

549 De acuerdo con la doctrina, un ejemplo de un impuesto en donde no es responsable el nuevo propietario es el de delimitación urbana: “Analizando conjuntamente las normas transcritas sobre hecho generador, causación, sujeto pasivo y base gravable del impuesto de delimitación urbana, encontramos que al expresar el artículo 74 del Decreto Distrital 352 de 2002, que el sujeto pasivo del impuesto es el propietario del predio en el cual se realiza el hecho generador, y el artículo 72 que el impuesto de delimitación urbana se debe declarar y pagar cada vez que se presente el hecho generador del impuesto, siendo el hecho generador la expedición de la licencia, debe entenderse que el obligado a declarar es quien ostenta la titularidad del predio al momento de la expedición de la misma. Por esta razón para resolver su primera pregunta sobre a quién debe adelantarse el proceso de fiscalización cuando se enajena un predio con una licencia de construcción pero la obra la realiza el nuevo propietario, tendríamos que como la obligación recae en quien es propietario al momento de la expedición de la misma, es contra éste que se debe adelantar el respectivo proceso de fiscalización y el factor a verificar es sobre el presupuesto de obra consignado por éste en la respectiva declaración sin tener en cuenta la ejecución de la obra realizada por el nuevo propietario, entendiéndose que ésta debe ajustarse a lo establecido en la licencia expedida”. Secretaría de Hacienda de Bogotá. Concepto 1151, abril de 2007.

550 Esta postura ha sido igualmente recogida por la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado al indicar: “Conviene anotar, para mayor claridad, que la naturaleza de la obligación que surge del impuesto predial, es de las conocidas como *propter rem*, es decir, se genera para el contribuyente una prestación de dar, por su vinculación a un derecho real o a un inmueble y solo en razón de ello. En otras palabras, la obligación nace para el sujeto pasivo del impuesto en función de un derecho real”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de abril de 2016, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00004-01(20049).

551 Acevedo Zapata, ob. cit., p. 191.

*es netamente personal de tal suerte que solo podrá perseguirse al propietario o poseedor de la respectiva vigencia fiscal, sin que sea posible perseguir el predio cuando este está en cabeza de una persona diferente al deudor del respectivo período”.*

Uno de los efectos principales de las obligaciones reales<sup>552</sup> es que la obligación se transfiere con el derecho real que recae sobre la cosa. Así, se ha señalado:

*“Es lo que la doctrina ha venido en llamar obligaciones propter rem. Esta especie de obligaciones presenta dos particularidades esenciales: La primera consiste en que el deudor adquiere ese carácter por ser propietario o poseedor de la cosa; y la segunda en que la obligación se traspa al respectivo titular de la posesión o dominio. De suerte que si cambia el propietario o poseedor, cambia también, al mismo tiempo, el sujeto pasivo de la obligación, desvinculándose de esta, de modo automático, el enajenante. De ahí que a estas obligaciones suela llamárseles “ambulatorias”<sup>553</sup>.*

En consecuencia, si la obligación o el impuesto causado antes de la adquisición del derecho de dominio, es de aquellos que implican una obligación de naturaleza real, la Fiscalía General de la Nación, como propietaria del bien, y a través del FEAB, deberá pagarla.

*b) Obligaciones e impuestos causados después de la adquisición del derecho de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación*

La Fiscalía General de la Nación está obligada a pagar las obligaciones e impuestos relacionados con el bien adjudicado, que se hayan causado a partir del momento en que ostenta el derecho de dominio sobre el bien. Lo anterior, en virtud de lo establecido en el

552 “De ahí que, a juicio de este Tribunal, se puede concluir que la Ley 675 de 2001, le otorgó a las obligaciones que surgen por el pago de expensas comunes a favor de los conjuntos residenciales, la naturaleza de obligaciones *propter rem*, las cuales se definen como aquellas prestaciones en las que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, como consecuencia de la titularidad que se ejerce sobre un derecho real, como lo es, en el presente caso, el derecho de dominio o propiedad (Código Civil. art. 665)”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de enero de 2007, T-011/07.

553 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Civil, Sentencia del 1º de febrero de 2011. “En la obligación *propter rem*, el que tiene la obligación de pagar o sufrir la pérdida es el que ejerce el derecho real sobre el bien, de modo que si este bien pasa a poder de otra persona (por ejemplo, entre el momento en que se empezó a construir la cerca divisoria y en el momento en el que concluyó hubo una venta) será el nuevo adquirente el que tenga que pagar”. Juan Enrique Medina Pabón, Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas. Editorial Universidad del Rosario, 4ª edición, 2014, p. 359. Igualmente, otra parte de la doctrina ha señalado: “Considerada la obligación de manera abstracta, esto es, la simple imposición de la prestación, no existe problema en aceptar que ella se transfiera o se transmite con el derecho real que recae en la cosa. (...) Debe quedar claro de forma inicial que el nuevo titular del derecho real es deudor de la obligación ya determinada. Si así no fuese, simplemente no habría obligación *propter rem* o, al menos, ninguna consecuencia tendría que existiese. Solo serviría para determinar el origen de la obligación, pero a nada se llegaría distinto de averiguar cuál es la fuente de la obligación. (...) La lógica de la naturaleza de la obligación manda que el deudor sea el nuevo titular del derecho real, quedando por fuera del vínculo el anterior, debido a que si se aceptase, por una parte, que el anterior titular es el deudor, la obligación *propter rem* se desnaturalizaría y, por otra parte, si se admitiese que ambos son deudores, se estaría estructurando una solidaridad no contemplada en la ley, además de que se desconoce lo que la ley en los casos antes señalados le impone como obligación al propietario, sin particularizar si aún es abstracta o determinada. Si, en cambio de la anterior conclusión, se dijera que el deudor sigue siendo el anterior, pero es el bien, así esté en cabeza de otra persona, el que garantiza la obligación, también se desvertebra el sentido de la obligación *propter rem* e, ilegalmente, se crearía un gravamen no contemplado en el ordenamiento, ya que se estaría en presencia de una garantía similar a una garantía o prenda, con el agravante de que no gozaría de preferencia especial, como no la goza, el crédito que sustenta tal obligación, ya que no está consagrada en la ley. (...) En los artículos en que el Código Civil estatuye obligaciones *propter rem*, se ha querido delimitar el ámbito de obligatoriedad frente al dueño a fin de que las relaciones de vecindad sean conflictivas. Que lo serían si el nuevo propietario queda campante frente al provecho que ha obtenido, mientras que sus vecinos deben buscar al anterior propietario. Entonces, y es ésta tal vez la consecuencia más importante, es el nuevo titular del derecho real el que responde por la obligación. El hecho de que el nuevo propietario sea el obligado no lleva a que el anterior no tenga que reembolsarle los pagos que realice por causa anterior a su dominio, como puede desprenderse de la preceptiva del artículo 855, que si bien se refiere al usufructo no se ve el impedimento para extenderla a otros eventos de naturaleza similar”. Velásquez Gómez, ob. cit., pp. 120-122”. Asimismo, es característica esencial la transmisión de la obligación por el ambular de la cosa –valga la expresión–, pues el crédito y la deuda nacen *propter* (“junto a” la cosa –o según otro significado “en razón” de la cosa–) y se extinguen cuando esta pasa a otro adquirente. Si la deuda (o el crédito) están conectados a la propiedad o posesión y esta cesa por el traspaso o endoso de la cosa, el deudor transmitente o abdicante se libera por ausencia de causa fuente y la deuda (o el crédito) pasa al *novus dominus*”. Alberto J., Bueres, Obligaciones “*propter rem*” y sus relaciones con otras figuras. Lecciones y ensayos, No. 90, 2012, p. 106.

artículo 3º de la Ley 1615 de 2013<sup>554</sup> y a que la calidad de propietario lo hace sujeto pasivo de impuestos y obligaciones, tal como ocurre, por ejemplo, con el impuesto predial, de vehículos, o la Ley de Propiedad Horizontal<sup>555</sup>.

## 2. La suspensión del proceso de cobro coactivo

El Ministerio de Justicia y del Derecho pregunta igualmente si un proceso de cobro coactivo con embargo puede suspenderse como consecuencia del decreto de una medida cautelar con fines de comiso.

A juicio de la Sala, la respuesta a este interrogante es negativa, pues no existe en la Ley 1516 de 2013 ni en las normas que regulan el referido proceso disposición alguna que permita la suspensión con fundamento en dicha causal. En efecto, el artículo 841 del Estatuto Tributario autoriza suspender el proceso de cobro coactivo cuando se celebra un acuerdo de pago con la Administración<sup>556</sup>. Justamente, frente a esta figura la jurisprudencia del Consejo de Estado tuvo la oportunidad de indicar:

*“Ahora bien, el Estatuto Tributario únicamente señala la suspensión del proceso de cobro coactivo, en el caso en que se suscribe un acuerdo de pago, sin hacer referencia a otros casos en que puede proceder esta figura. De tal forma que ante la ausencia de disposición expresa, y toda vez que la consecuencia de la excepción contemplada en el numeral 5º del artículo 831 del E. T. no es la terminación del proceso coactivo, sino su suspensión, por no encontrarse en firme el título ejecutivo, necesariamente habrá que remitirse a la regulación que para el efecto establece el Código de Procedimiento Civil”<sup>557</sup>.*

Por su parte, el artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 permite la suspensión del proceso de cobro coactivo cuando tenga ocurrencia alguna de los eventos allí señalados:

*“Solo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito.*

554 “Son funciones generales del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, las siguientes: (...) 3. Realizar las gestiones necesarias con las autoridades pertinentes, para el pago de impuestos, tasas y contribuciones sobre los bienes objeto de administración de propiedad de la Fiscalía General de la Nación”. Ley 1615 de 2013, artículo 3º.

555 “De otro lado, el régimen de propiedad horizontal impone también obligaciones para el propietario que tienen que ver con aquellas conductas cuya observancia resulta indispensable para que la modalidad de la propiedad cumpla a cabalidad sus objetivos. Son obligaciones de los propietarios, por ejemplo, pagar las cuotas (ordinarias y las extraordinarias) correspondientes para cubrir adecuadamente los gastos en que se incurra para mantener los bienes comunes, de manera que cumplan con sus finalidades”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de mayo de 2002, C-318/02.

556 “En cualquier etapa del procedimiento administrativo coactivo el deudor podrá celebrar un acuerdo de pago con la Administración, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento y se podrán levantar las medidas preventivas que hubieren sido decretadas. Sin perjuicio de la exigibilidad de garantías, cuando se declare el incumplimiento del acuerdo de pago, deberá reanudarse el procedimiento si aquellas no son suficientes para cubrir la totalidad de la deuda”.

557 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00194-01(17357). El artículo 831 del Estatuto Tributario señala: “Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones: 1. El pago efectivo. 2. La existencia de acuerdo de pago. 3. La falta de ejecutoria del título. 4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente. 5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 6. La prescripción de la acción de cobro, y 7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió”.

*La admisión de la demanda contra los anteriores actos o contra el que constituye el título ejecutivo no suspende el procedimiento de cobro coactivo. Únicamente habrá lugar a la suspensión del procedimiento administrativo de cobro coactivo:*

*1. Cuando el acto administrativo que constituye el título ejecutivo haya sido suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y*

*2. A solicitud del ejecutado, cuando proferido el acto que decida las excepciones o el que ordene seguir adelante la ejecución, según el caso, esté pendiente el resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad contra el título ejecutivo, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta suspensión no dará lugar al levantamiento de medidas cautelares, ni impide el decreto y práctica de medidas cautelares.*

*Parágrafo. Los procesos judiciales contra los actos administrativos proferidos en el procedimiento administrativo de cobro coactivo tendrán prelación, sin perjuicio de la que corresponda, según la Constitución Política y otras leyes para otros procesos”.*

Como puede observarse, ninguna de las normas anteriores reconoce como causal para suspender el proceso el que se haya decretado una medida cautelar con fines de comiso.

Tampoco es viable hacer una interpretación analógica del artículo 9º de la Ley 785 de 2002, norma que autoriza la suspensión en el caso de los bienes sujetos a extinción de dominio, pues como lo ha indicado la jurisprudencia, las causales de suspensión son de creación legal y carácter taxativo, por lo que no son susceptibles de aplicarse de forma extensiva o analógica<sup>558</sup>.

### **3. La causación de intereses remuneratorios y moratorios**

Otra de las preguntas realizadas en la consulta va dirigida a establecer si “entre el momento en que se decreta la medida cautelar con fines de comiso y la terminación del proceso” se causan intereses remuneratorios y moratorios.

Para responder a este cuestionamiento, debe en primera instancia señalarse que la Sala concibe la expresión “terminación del proceso” como referida a la finalización del proceso penal, pues es en la sentencia donde generalmente se debe resolver de forma definitiva sobre la destinación del bien<sup>559</sup>.

558 “Las causales de suspensión del proceso son de creación legal y obedecen a enumeración taxativa, por lo que en dicha materia no son procedentes interpretaciones extensivas ni analógicas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de septiembre de 2006, Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00638-01(15778). En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 3 de septiembre de 2008, Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00354-02(17119).

559 “Si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento”. Ley 906 de 2004, artículo 90. Frente a esta norma, la Corte Constitucional ha señalado: “La norma objeto de control regula el procedimiento aplicable en el evento en que en la sentencia, o en la decisión con efectos equivalentes, se omite pronunciamiento definitivo sobre los bienes incautados con fines de comiso. El precepto reconoce a la defensa, al fiscal y al Ministerio Público la potestad de solicitar, en la misma audiencia, la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento. El precepto hace referencia a la sentencia o a la decisión con efectos equivalentes, es decir, a aquellas decisiones que ponen fin al proceso y hacen tránsito a cosa juzgada, como la sentencia proferida una vez culminado el proceso de manera regular; la que se emite como consecuencia de acuerdos realizados entre imputado o acusado, y la Fiscalía General de la Nación (Art. 446); aquella producto de una solicitud de preclusión

Respecto al problema jurídico planteado, debe recordarse que el proyecto de ley original que dio lugar a la Ley 1615 de 2013 establecía que, en materia tributaria, los bienes que se encontrarán bajo la administración provisional del Fondo no causarían intereses ni sanciones durante el tiempo en que estuvieran cobijados por las medidas cautelares. Sin embargo, esta norma fue eliminada del proyecto, y en consecuencia, la Ley 1615 de 2013 no consagró un beneficio de esa naturaleza. Por consiguiente, no es posible interpretar el contenido de esta ley en el sentido de que durante el periodo de vigencia de las medidas cautelares no se generan intereses remuneratorios o moratorios, pues se estaría actuando en contra de la voluntad del legislador.

Igualmente, tampoco puede aplicarse analógicamente el artículo 9º de la Ley 785 de 2002, el cual sí establece un beneficio para el efecto, al ser esta una norma de carácter excepcional<sup>560</sup>.

En consecuencia, a los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso les son aplicables las normas que autorizan el cobro de intereses remuneratorios y moratorios y, por tanto, durante el periodo en que se decreta la medida cautelar y tiene ocurrencia la terminación del proceso penal, se causan dichos intereses cuando se den los supuestos de hecho establecidos en la ley para ello.

Ahora bien, en el caso de que la medida cautelar se levante y se ordene la devolución del bien, debe aplicarse lo establecido en el artículo 11 del Decreto 696 de 2014<sup>561</sup>, el cual establece:

*“Devolución de bienes. Cuando por orden judicial debidamente ejecutoriada el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación (FEAB) deba devolver bienes, se atenderán las siguientes disposiciones:*

- 1. Si no se ha dispuesto de los bienes, se devolverán en el estado en que se encuentren.*
- 2. Si los bienes han sido objeto de venta cuando ello sea legalmente posible, se devolverá el valor por el cual fueron ingresados, indexados al IPC.*
- 3. Tratándose de bienes productivos a los cuales se les haya aplicado sistemas de administración que impliquen su explotación económica, se deberá realizar devolución de los frutos o productos derivados de la administración comercial del bien, previo descuento de todos los costos y gastos incurridos en la administración del mismo”.*

A la luz de esta disposición, considera la Sala que cuando el bien administrado deba reintegrarse, el FEAB no debe pagar intereses remuneratorios ni moratorios, pues: i) el bien debe devolverse en el estado en que se encuentre, ii) el reconocimiento de intereses

---

por parte del fiscal del caso (Art. 332); e incluso la decisión a través de la cual la fiscalía aplica el principio de oportunidad, una vez sometida al control del juez de garantías (Arts. 327 y 329)”. Corte Constitucional. Sentencia del 10 de octubre de 2012, C-782/12.

560 “Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago”. Estatuto Tributario, artículo 634.

561 “Por el cual se reglamenta la Ley 1615 de 2013 y se dictan otras disposiciones”.



remuneratorios en materia civil no se presume<sup>562</sup> y iii) no existe incumplimiento o mora que dé lugar al pago de intereses moratorios.

Con todo, si se han producido intereses como consecuencia de la explotación económica del bien<sup>563</sup> (por ejemplo, cuando se ha depositado una suma de dinero en una cuenta bancaria o CDT), estos deben entregarse, previo descuento de todos los costos y gastos incurridos durante la administración. Por lo tanto, en este último caso sí tendría lugar el reconocimiento de intereses.

Igualmente, el FEAB podría también llegar a deber intereses moratorios en los casos que, habiéndose ordenado la devolución de los bienes, no ha cumplido dicha obligación en el plazo correspondiente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### LA SALA RESPONDE

*1. ¿A quién corresponde el pago de las obligaciones e impuestos causados con anterioridad a que se decretara la medida cautelar con fines de comiso o el comiso definitivo?*

Los impuestos de los bienes sujetos a una medida cautelar con fines de comiso, causados con anterioridad y durante la vigencia de la medida, deben ser pagados por quienes tienen la calidad de sujetos pasivos del tributo, los cuales generalmente son los dueños o poseedores de los bienes. Igualmente, estos últimos tienen a su cargo el pago de las obligaciones de naturaleza no tributaria relacionadas con dichos bienes que se hayan causado antes y durante la vigencia de la medida.

Como es posible que los sujetos mencionados no cubran dichos pagos mientras los bienes estén en administración por parte del FEAB, corresponde a la Fiscalía General de la Nación cancelarlos por cuenta de estos. Sin embargo, no puede perderse de vista que el hecho de que la Fiscalía deba pagar los referidos impuestos y obligaciones por razones de la función de administración, no implica que el titular del bien deje de ser responsable de su pago, pues la entidad simplemente actúa por cuenta de este, quien sigue teniendo la calidad de deudor o sujeto pasivo del tributo. Una vez el bien ha sido transferido a la Fiscalía General de la Nación como consecuencia del decreto del comiso definitivo, corresponde a esta, como nueva propietaria, pagar las obligaciones e impuestos causados

562 “Por ser materia civil, no se presumen intereses remuneratorios; pero moratorios sí, dada la mecánica prevista en la primera regla del artículo 1617 (...).” Cubides Camacho, ob. cit., p. 157. “Hinestrosa afirma que el interés legal generalizado en las obligaciones dinerarias es extraño a nuestro derecho en que el interés compensatorio es excepcional”. Enrique Díaz Ramírez, *Las tasas de interés en Colombia*, Editorial Temis. S.A., 2014, p. 52. “En derecho civil, en principio, solamente se devengan intereses durante el plazo en el supuesto de que se hayan estipulado, o sea que, por regla general, no hay interés legal remuneratorio o de plazo, pues este será convencional, sin perjuicio de que, si de hecho se pagaren, “aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse a capital. (...) Sin embargo al repasar el articulado del código se encuentran distintas hipótesis de intereses compensatorios”, esto es, de créditos y acreedores que reciben tratamiento especial, de modo que hay lugar a intereses, ora “legales”, ora “corrientes”, pese a no haber sido pactados, ni haber incurrido el deudor en mora. (...) conforme a lo previsto en el art. 2182 [I], “[El mandatario] [d]ebe al mandante los intereses corrientes de dineros que este haya empleado en utilidad propia” (...). Hinestrosa, ob. cit. pp. 172-173.

563 “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”. Código Civil, artículo 717.

antes de dicha transferencia cuando: i) exista norma especial que así lo determine, o ii) dichas obligaciones e impuestos comporten una obligación de naturaleza real.

Finalmente, corresponde también a la Fiscalía General de la Nación cancelar las obligaciones e impuestos relacionados con el bien adjudicado, causados después de que haya adquirido el derecho de dominio sobre el bien.

*2. ¿El proceso de cobro coactivo con embargo puede suspenderse cuando se decreta la medida cautelar con fines de comiso?*

No es posible suspender el proceso de cobro coactivo con embargo cuando se decreta una medida cautelar sobre el bien con fines de comiso, toda vez que no existe disposición legal expresa que lo permita o autorice.

*3. ¿Durante el periodo comprendido entre el momento en que se decreta la medida cautelar con fines de comiso y la terminación del proceso, se causan intereses remuneratorios o moratorios?*

A los bienes sujetos a medida cautelar con fines de comiso les son aplicables las normas que autorizan el cobro de intereses remuneratorios y moratorios y, por tanto, durante el periodo en que se decreta la medida cautelar y termina el proceso penal, se causan dichos intereses cuando se den los supuestos de hecho establecidos en la ley para ello.

Ahora bien, en el caso de que la medida cautelar se levante y se ordene la devolución del bien, el FEAB no debe pagar intereses, pues: i) los bienes deben devolverse en el estado en que se encuentren, ii) en materia civil no se presume el reconocimiento de intereses remuneratorios y iii) no existe incumplimiento o mora que dé lugar al pago de intereses moratorios.

Con todo, si como consecuencia de la explotación económica del bien este ha producido intereses, estos deben reintegrarse, previo descuento de todos los costos y gastos incurridos en la administración del bien. Igualmente, el FEAB podría llegar a deber intereses moratorios en los casos que, habiéndose ordenado la devolución del bien, no ha cumplido dicha obligación en el plazo correspondiente.

*4. ¿Corresponde a la Fiscalía General de la Nación en (sic) cancelar el capital correspondiente a las obligaciones tributarias surgidas dentro del periodo comprendido entre el decreto de la medida cautelar con fines de comiso (incautación – ocupación) del bien y la terminación del proceso penal? De serlo, ¿en qué momento se debe hacer el pago?*

En concordancia con lo señalado en la respuesta a la pregunta número 1, debe la Fiscalía General de la Nación, a través del FEAB, asumir el pago del capital correspondiente a las obligaciones tributarias causadas en el periodo comprendido entre el decreto de la medida cautelar con fines de comiso y el momento en que termina el proceso penal. El pago debe realizarse por la señalada entidad dentro los plazos determinados por las correspondientes autoridades tributarias.

Remítase al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

## 7. Jurisdicción Especial para la Paz. Aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en relación con su puesta en funcionamiento. Radicado 2353

### Radicado 2353

Fecha: 19/09/2017

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 4 de octubre de 2017

El Ministro de Justicia y del Derecho y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública<sup>564</sup> solicitan el concepto de la Sala sobre el alcance y la aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000<sup>565</sup>, en relación con las medidas que es necesario adoptar para implementar y poner en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz, especialmente, en cuanto a la determinación de la planta de personal que dicha jurisdicción requiere.

### I. Antecedentes

La consulta se refiere, en primer lugar, al Acto Legislativo N° 1 de 2007, que introdujo varias disposiciones transitorias en la Constitución Política, “*para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*”.

De dicha reforma constitucional, los funcionarios consultantes destacan el artículo 5° transitorio, de acuerdo con el cual la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) se encuentra sometida a un régimen legal propio; está dotada de autonomía administrativa, presupuestal y técnica, y tiene como función la de administrar justicia de manera transitoria, autónoma, exclusiva y preferente sobre las demás jurisdicciones, en relación con las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por parte de quienes participaron en el mismo.

Igualmente, citan el párrafo de dicho artículo, conforme al cual el Secretario Ejecutivo y el Presidente de la JEP tienen, en relación con dicha jurisdicción, todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acto Legislativo N° 2 de 2015<sup>566</sup> y en la Ley 270 de 1996<sup>567</sup>. De estas disposiciones, los consultantes concluyen que la Carta Política “*definió la naturaleza jurídica de la JEP y caracterizó su función*”, y que, “*con el propósito de garantizar estos dos últimos componentes (naturaleza y función) definió, por un lado, las herramientas con las que contaría la JEP y, por otro lado, estableció un plazo para su entrada en funcionamiento*”.

564 Aunque en el primer párrafo de la consulta se indica que esta es elevada también por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la comunicación que la contiene, dirigida a la Sala de Consulta y Servicio Civil, no está suscrita por dicho funcionario, sino solamente por el Ministro de Justicia y del Derecho y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

565 “*Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*”.

566 “*Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones*”.

567 “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”.

En este aspecto, recuerdan que, según lo prescrito por el artículo 15 transitorio de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2017, “*la JEP entrará en funcionamiento a partir de la aprobación de este Acto Legislativo **sin necesidad de ninguna norma de desarrollo**, sin perjuicio de la aprobación posterior de las normas de procedimiento y lo que establezca el reglamento de dicha jurisdicción*” (negrillas en la consulta).

A este respecto, los consultantes comentan que si bien el citado acto legislativo creó la JEP (a nivel constitucional) y estableció su conformación o estructura básica, es necesario que se adopte la correspondiente planta de personal que permita el funcionamiento efectivo de dicha jurisdicción, y agregan que en este punto ha surgido la duda de cómo debe entenderse y aplicarse la restricción o limitación al aumento de los gastos de personal prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

En la consulta se resalta que el artículo citado es una norma de carácter orgánico, tal como la califica expresamente el artículo 95 de la misma Ley 617, y como lo ha ratificado la Corte Constitucional<sup>568</sup>. En esa medida, se ha entendido que cualquier excepción a la prohibición o limitación contenida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 debe adoptarse mediante ley orgánica.

Finalmente, los funcionarios consultantes hacen una síntesis de los puntos anteriormente explicados y, con base en esto, formulan a la Sala la siguiente pregunta:

*“En caso que la restricción consagrada en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 aplique a los gastos administrativos requeridos para la puesta en funcionamiento de la JEP y teniendo en cuenta que entre lo ordenado por la Constitución Política en su artículo 15 transitorio y lo señalado en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 podría existir un eventual conflicto normativo, se plantea la siguiente consulta:*

*¿Es necesario que se expida una ley orgánica para que la JEP pueda adoptar la planta de personal que le permita comenzar a funcionar o, dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 transitorio de la Constitución Política, es viable que la Secretaría Ejecutiva de la JEP mediante el uso de sus facultades previstas en el Acto Legislativo 1 de 2017 adopte su planta de personal?”.*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Sala estudiará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) la Jurisdicción Especial para la Paz; (ii) la limitación al crecimiento de los gastos de personal prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, y (iii) análisis de dicha restricción frente a la implementación y entrada en funcionamiento de la JEP.

#### **A. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**

<sup>568</sup> En las sentencias C-540 de 2001 y C-331 de 2017.

## 1. Antecedentes: El “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, suscrito entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)

El 24 de noviembre de 2016, el Gobierno nacional y la organización insurgente “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC”, suscribieron, en la ciudad de Bogotá, el denominado “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (en adelante, el Acuerdo Final).

Dicho acuerdo se compone de seis (6) grandes aspectos o ejes temáticos (incluyendo el de su implementación), el quinto de los cuales es el atinente a las víctimas. En este campo, el Acuerdo Final estipula la creación de un “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, SIVJNR”, que está conformado, a su vez, por los siguientes componentes: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; (ii) la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; (iii) **la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**; (iv) las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, y (v) las garantías de no repetición.

En el Acuerdo Final se describe, en términos generales, el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, así:

*“Para cumplir con este propósito y avanzar en la lucha contra la impunidad, el **Sistema Integral combina mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial para la Paz, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros**”.* (Se destaca).

En el mismo documento se hace énfasis en que los diferentes componentes del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, uno de los cuales es la JEP, deben entenderse y aplicarse de manera integral y simultánea, como partes de un mismo sistema, que tienen relaciones de condicionalidad entre sí, y no de forma aislada. Con respecto a la Jurisdicción Especial para la Paz, específicamente, esta se concibe, en el acuerdo, como el componente de justicia de dicho sistema:

*“2.- El componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante el SIVJNR) se denomina Jurisdicción Especial para la Paz. Los objetivos del componente de justicia del SIVJNR son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos”.*

Sobre la naturaleza de la JEP, la función principal que está llamada a cumplir, su interrelación con otras jurisdicciones y su entrada en vigor, el Acuerdo Final prevé lo siguiente:

**“9.- La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Entrará en vigor en los términos establecidos en el Acuerdo Final. Se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”.** (Resaltamos).

Vale la pena aclarar que en el mismo acuerdo se establece la **estructura básica o mínima** que requiere la JEP, para poder cumplir sus funciones, la cual estaría conformada por los siguientes órganos: (i) Tribunal para la Paz; (ii) Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas; (iii) Sala de Amnistía o Indulto; (iv) Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; (v) Unidad de Investigación y Acusación; (vi) Secretaría Ejecutiva, y (vii) Presidencia o Dirección. Para todas o algunas de dichas áreas, el acuerdo dispone también el número mínimo de magistrados o funcionarios que deben tener.

Por otro lado, es importante señalar que, en virtud del Acuerdo Final, el Estado colombiano, por conducto del Gobierno nacional, asumió la obligación de implementar la JEP en el menor tiempo posible, suministrando todo el apoyo técnico, logístico, administrativo y financiero que sea necesario para que dicha jurisdicción se conforme efectivamente y empiece a ejercer sus funciones. A este respecto, es pertinente citar los siguientes apartes:

**“16. El Estado garantizará la autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal del SIVJNRN y en especial del componente de justicia. Se creará una Secretaría Ejecutiva que se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la Jurisdicción Especial para la Paz bajo la orientación de la Presidencia de esta. La Secretaría podrá entrar a funcionar con suficiente antelación para garantizar que esté disponible desde su inicio la infraestructura de la Jurisdicción Especial para la Paz. El Estado establecerá mecanismos económicos y financieros para la ejecución oportuna y eficaz de los recursos, que podrán provenir de diferentes fuentes nacionales e internacionales. (...).”**

**“70. El Estado deberá poner en marcha el componente de justicia del SIVJNRN a la mayor brevedad desde la firma del Acuerdo Final. Las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación deberán entrar en funcionamiento a más tardar tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigor del Acuerdo Final, salvo que en este se determine una fecha anterior. No podrá transcurrir más de un mes entre la entrada en funcionamiento de las salas y la entrada en funcionamiento de las secciones”.** (Se destaca).

Asimismo, es pertinente mencionar que, mediante el Acto Legislativo 1 de 2016<sup>569</sup>, el Congreso de la República estableció un procedimiento legislativo especial y más expedito

<sup>569</sup> “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”.

to (“fast track”); facultó temporalmente al Gobierno nacional para expedir decretos con fuerza de ley, y ordenó al Gobierno incluir, durante los próximos 20 años, un “*componente específico para la paz*” en el “plan plurianual de inversiones” del plan nacional de desarrollo, todo lo anterior con el propósito de implementar el Acuerdo Final, de la manera más pronta, efectiva y eficiente que fuera posible.

Igualmente, debe recordarse que el Acuerdo Final fue refrendado, como lo exigía el mismo documento, y así fue reconocido tanto por el Congreso de la República, en la Ley 1820 de 2016<sup>570</sup> (artículo 1º), como por la Corte Constitucional, en la sentencia C-331 de 2017<sup>571</sup>. Adicionalmente, sobre la posibilidad de que dicho acuerdo fuera refrendado por el Congreso de la República, se pronunció esta Sala en el concepto N° 2323 de 2016<sup>572</sup>.

Por último, es relevante mencionar que el Acto Legislativo N° 2 de 2017<sup>573</sup> ordenó a todas las autoridades e instituciones del Estado cumplir de buena fe lo pactado en el Acuerdo Final, además de tener en cuenta sus estipulaciones como guía para la interpretación de las normas jurídicas que se expidan para implementar y desarrollar dicho acuerdo. En este sentido, el acto legislativo citado incorporó un artículo transitorio a la Constitución Política, del siguiente tenor:

*“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”.* (Negrillas añadidas).

En consecuencia, la Sala entiende que lo estipulado en el Acuerdo Final es una guía de obligatorio cumplimiento para la implementación normativa de lo pactado allí, así como para la interpretación de las disposiciones que para dicho fin se expidan.

## 2. El Acto Legislativo N° 1 de 2017

Ahora bien, con el fin de implementar el Acuerdo Final, especialmente en lo relacionado con el “*Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)*”, el Con-

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

571 Corte Constitucional, sentencia C-331 del 17 de mayo de 2017, expediente RDL-007.

572 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2323 del 28 de noviembre de 2016.

573 “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”.



greso de la República, ejerciendo su función de constituyente derivado, expidió el Acto Legislativo N° 1 del 4 de abril de 2017.

El artículo 1° de dicha reforma introdujo un título transitorio a la Constitución Política de 1991, denominado “*De las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*”, compuesto por ocho artículos. El artículo 2° de este acto legislativo agregó un párrafo al artículo 122 de la Carta; el artículo 3° modificó el inciso cuarto del artículo transitorio 66 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo N° 1 de 2012<sup>574</sup>; el artículo 4° derogó el artículo transitorio 67 de la Carta, incorporado por el Acto Legislativo 1 de 2012, y el artículo 5° prescribió que las normas del Acto Legislativo 1 de 2017 entraban en vigencia a partir de su promulgación.

Ahora bien, en relación con las normas que conforman el nuevo título transitorio de la Constitución, vale la pena destacar que el artículo 1° dispone que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición “*estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición*” (se resalta).

El párrafo segundo de esta misma disposición establece que el Estado, por intermedio del Gobierno nacional, “*garantizará la autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal del SIVJNRN y en especial del componente de justicia, para lo cual podrá hacer uso del Plan de Inversiones para la Paz contenido en el artículo 3° del Acto Legislativo número 01 de 2016*”.

Con respecto a la JEP, específicamente, el capítulo III del título transitorio se encarga de regular los aspectos básicos para su integración y funcionamiento, así como las relaciones y los eventuales conflictos que pueden darse con otras jurisdicciones. Dentro de dicho capítulo, el artículo 5° preceptúa lo siguiente, en sus partes pertinentes:

**“Artículo transitorio 5°. Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1o de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno... (...).**

574 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

*La ley regulará entre otros los principios, organización, competencias entre ellas por el factor personal, procedimientos, participación de las víctimas y régimen de sanciones conforme a lo definido en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz. (...).*

**Parágrafo 2º. Con el fin de garantizar el funcionamiento y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica de la jurisdicción especial para la paz, el Secretario Ejecutivo y el Presidente o la instancia de gobierno de la JEP que los magistrados de la misma definan, ejercerán de manera exclusiva, y solo durante el tiempo de vigencia de la misma, todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecidas en el Acto Legislativo número 02 de 2015 y en la Ley 270 de 1996 respecto al gobierno y administración de esta Jurisdicción”.** (Negrillas ajenas al texto original).

En relación con la entrada en funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz y el plazo dentro del cual debe ejercer sus funciones, el artículo 15 de este capítulo estatuye:

**“Artículo transitorio 15. Entrada en funcionamiento y plazo para la conclusión de las funciones de la JEP. La JEP entrará en funcionamiento a partir de la aprobación de este Acto Legislativo sin necesidad de ninguna norma de desarrollo, sin perjuicio de la aprobación posterior de las normas de procedimiento y lo que establezca el reglamento de dicha jurisdicción.**

*El plazo para la conclusión de las funciones de la JEP consistentes en la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación y Acusación, de oficio o como consecuencia de las resoluciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas, será de 10 años **contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de salas y secciones de la JEP**, y un plazo posterior de 5 años más para concluir su actividad jurisdiccional, plazo este último que de ser necesario podrá ser prorrogado mediante ley, para concluir su actividad, a solicitud de los magistrados de la JEP. El plazo para recibir informes por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las conductas será de 2 años desde que se haya constituido la totalidad de las salas y secciones de la JEP y podrá prorrogarse por la misma Sala hasta completar un periodo máximo de 3 años, salvo causa excepcional debidamente motivada en la que el plazo podrá ser moderadamente extendido por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y las Conductas.*

*En todo caso y sin limitación temporal alguna podrá constituirse, en cualquier momento en que resulte necesaria, la Sección de estabilidad y eficacia de resoluciones y sentencias, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 7º transitorio y en el inciso final del artículo 12 transitorio de este Acto Legislativo”.* (Se destaca).

Por otro lado, vale la pena señalar que si bien el Acto Legislativo N° 1 de 2017 no señala la estructura completa o íntegra de la Jurisdicción Especial para la Paz, ni mucho menos su planta de personal, las disposiciones de dicha reforma constitucional y, en especial, lo previsto en su artículo 7º, permiten inferir que la JEP, en armonía con lo pactado en el

Acuerdo Final, tiene una determinada estructura básica y debe contar con una cantidad mínima de funcionarios, para poder operar, así:

a. El Tribunal para la Paz, que será el órgano de cierre de dicha jurisdicción, y estará conformado por dos secciones de primera instancia, una sección de revisión de sentencias, una sección de apelación y una sección de “estabilidad y eficacia”. Tales secciones, en su conjunto, estarán integradas por, al menos, veinte (20) magistrados titulares colombianos, que deben tener las mismas calidades que se exigen para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, y cuatro (4) juristas extranjeros.

b. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas; la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas, y la Sala de Amnistía e Indulto, que deben estar integradas, en total, por 18 magistrados colombianos, al menos, quienes deben tener las mismas calidades exigidas para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial, y seis (6) juristas extranjeros.

c. La Unidad de Investigación y Acusación, que estará integrada por su Director y un equipo especial de investigación, conformado por, al menos, 16 fiscales colombianos.

d. La Presidencia o Dirección, y

e. La Secretaría Ejecutiva.

Además de los funcionarios anteriores, debe contarse, por lo menos, con trece (13) magistrados colombianos adicionales, en calidad de suplentes o sustitutos, y cuatro (4) juristas expertos extranjeros.

Como puede verse, además de las normas de procedimiento, que le compete expedir al legislador, y del “*reglamento de organización y funcionamiento*” de la Jurisdicción Especial para la Paz, que le corresponde expedir a sus propios magistrados (artículos 12, inciso 6º, y 15 del título transitorio de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2017), la entrada en operación y el funcionamiento efectivo de dicha jurisdicción requieren, entre otras cosas, la determinación de una estructura organizacional definitiva, completa y detallada, y de su planta de personal propia, que deben incluir, como mínimo, todas las salas, secciones y dependencias, así como los funcionarios señalados en el Acto Legislativo Nº 1 de 2017, en consonancia con el Acuerdo Final, pero también deben incorporar las demás áreas y empleos que se requieran para el normal y adecuado funcionamiento de dicha jurisdicción, tales como secretarías, área de recursos humanos, financiera y demás oficinas de apoyo; cargos de abogados auxiliares, investigadores, sustanciadores, oficiales, notificadores, secretarios, etc.

De acuerdo con lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2017, es claro, para la Sala, que la función de determinar esa estructura organizacional definitiva y la respectiva planta de personal competen a la Secretaría Ejecutiva y a la Presidencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, o a la instancia de gobierno que sus magistrados determinen en el futuro,

órganos a quienes el citado acto legislativo (artículo 5º, párrafo 2º) asignó transitoriamente, es decir, durante la vigencia de dicha jurisdicción, “*todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecidas en el Acto Legislativo número 02 de 2015 y en la Ley 270 de 1996 respecto al gobierno y administración de esta Jurisdicción*”.

A este respecto es importante recordar que, mediante el Acto Legislativo N° 2 de 2015, “[p]or medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, se intentó eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, para reemplazarlo, en lo concerniente a la administración de la Rama Judicial, por un Consejo de Gobierno Judicial. Sin embargo, las principales disposiciones del citado acto legislativo que se referían a este asunto fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 2016<sup>575</sup>.

Lo anterior produjo, como consecuencia, la reviviscencia de las normas constitucionales que el Acto Legislativo N° 2 de 2015 pretendió derogar o modificar, en relación con la gobernanza de la Rama Judicial y las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura.

Aclarado lo anterior, es pertinente mencionar que las principales funciones del Consejo Superior de la Judicatura, con respecto a la administración de la Rama Judicial, están previstas en los artículos 256 y 257 de la Constitución Política, así como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El artículo 256 de la Carta fue derogado por el artículo 17 del Acto Legislativo 2 de 2015. Sin embargo, esta última norma y la derogatoria efectuada por la misma fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la citada sentencia, con excepción de la expresión “*o a los Consejos Seccionales, según el caso*”, y de los numerales 3º y 6º. Por lo tanto, el artículo 256 continúa vigente, salvo la citada expresión y los numerales 3º y 6º, que quedaron derogados.

De dicho artículo, es pertinente destacar, solamente, que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura ejercer las demás atribuciones que le señale la ley (numeral 7º), con lo cual la norma constitucional permitió al legislador establecer funciones adicionales al Consejo Superior de la Judicatura, siempre que no contradigan expresa o implícitamente los mandatos de la Carta Política.

Por su parte, el artículo 257 de la Constitución fue subrogado por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la referida sentencia, advirtió que dicho artículo no podía entenderse subrogado, en la medida en que establece otras funciones del Consejo Superior de la Judicatura en materia de gobierno y administración de la Rama Judicial, las cuales debían permanecer vigentes. Por lo tanto, la Corte ordenó que el artículo 19 de la reforma (atínente a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial) se incorporara a la Carta Política con el número 257A, sin sustituir el artículo 257

575 Corte Constitucional, sentencia C-285 del 1 de junio de 2016, expediente D-10990.

original, que continúa, por lo tanto, vigente. En relación con esta última norma, vale la pena destacar las siguientes atribuciones que competen al Consejo Superior de la Judicatura en relación con la administración de la Rama Judicial:

*“Artículo 257. Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:*

*1. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y **ubicar y redistribuir los despachos judiciales.***

*2. **Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia.** En ejercicio de esta atribución, **el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.***

*3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con **la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos** y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.*

*4. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.*

*5. **Las demás que señale la ley**”.* (Se resalta).

Estas funciones y otras adicionales fueron reguladas por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), de cuyas disposiciones resulta pertinente citar parcialmente las siguientes:

*“Artículo 51. Organización básica de los despachos judiciales. La organización básica interna de cada despacho judicial será establecida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con sujeción a los siguientes parámetros:*

*1. Las competencias asignadas por la Ley, el volumen promedio de los asuntos y el nivel estimado de rendimiento.*

*2. Las necesidades que existan en materia de asistencia y asesoría en distintas disciplinas.*

*3. Los requerimientos reales de personal auxiliar calificado (...).*

*Artículo 79. Del Consejo en Pleno. Las dos Salas del Consejo Superior de la Judicatura, se reunirán en un solo cuerpo para el cumplimiento de las siguientes funciones: (...)*

*3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de Justicia; (...)*

## Capítulo II DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Artículo 85. *Funciones administrativas. Corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: (...)*

5. *Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de estos y los Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas desconcentradas en ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las necesidades de estos.*

6. *Fijar la división del territorio para efectos judiciales, tomando en consideración para ello el mejor servicio público.*

7. *Determinar la estructura y la planta de personal del Consejo Superior de la Judicatura.*

*En ejercicio de esta atribución el Consejo no podrá establecer con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.*

8. *Designar a los empleados de la Sala cuya provisión según la ley no corresponda al Director Ejecutivo de Administración Judicial.*

9. ***Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la ley.***

***En ejercicio de esta atribución el Consejo no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. (...)***

12. ***Dictar los reglamentos relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos.***

13. ***Regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.***

14. *Cuando lo estime conveniente, establecer servicios administrativos comunes a los diferentes despachos judiciales. (...)*

16. *Dictar los reglamentos sobre seguridad y bienestar social de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de acuerdo con las leyes que en la materia expida el Congreso de la República. (...)*

24. *Coadyuvar para la protección y seguridad personal de los funcionarios y de la Rama Judicial. (...)*

26. *Fijar los días y horas de servicio de los despachos judiciales. (...)*

*Parágrafo. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá delegar en sus distintos órganos administrativos el ejercicio de sus funciones administrativas: (...)*

*Artículo 90. Redistribución de los despachos judiciales. La redistribución de despachos judiciales puede ser territorial o funcional, y en una sola operación pueden concurrir las dos modalidades.*

*Por virtud de la redistribución territorial, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá disponer que uno o varios juzgados de Circuito o Municipales se ubiquen en otra sede, en la misma o en diferente comprensión territorial.*

*En ejercicio de la redistribución funcional, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura puede disponer que los despachos de uno o varios magistrados de tribunal, o de uno o varios juzgados se transformen, conservando su categoría, a una especialidad distinta de aquella en la que venían operando dentro de la respectiva jurisdicción. (...)*

*Artículo 91. **Creación, fusión y supresión de despachos judiciales.** La creación de Tribunales o de sus Salas y de los juzgados, se debe realizar en función de áreas de geografía uniforme, los volúmenes demográficos rural y urbano, la demanda de justicia en las diferentes ramas del derecho y la existencia de vías de comunicación y medios de transporte que garanticen a la población respectiva un fácil acceso al órgano jurisdiccional.*

*La fusión se hará conforme a las siguientes reglas:*

- 1. Solo podrán fusionarse Tribunales, Salas o Juzgados de una misma Jurisdicción.*
- 2. Los despachos que se fusionen deben pertenecer a una misma categoría.*
- 3. Pueden fusionarse tribunales, Salas y Juzgados de la misma o de distinta especialidad.*

*De la facultad de supresión se hará uso cuando disminuya la demanda de justicia en una determinada especialidad o comprensión territorial.*

*La supresión de despachos judiciales implica la supresión de los cargos de los funcionarios y empleados vinculados a ellos. (...)" (Se resalta).*

Como se aprecia, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia regula las funciones que la Constitución Política asigna al Consejo Superior de la Judicatura en materia de administración y gobierno de la Rama Judicial, y le fija atribuciones y potestades adicionales, con base en la autorización otorgada expresamente por los artículos 256, numeral 7º, y 257, numeral 5º, de la Carta.

En consecuencia, todas estas funciones competen, en relación con la administración de la Jurisdicción Especial para la Paz, al Secretario Ejecutivo y al Presidente de dicha jurisdicción, o al órgano de gobierno que en el futuro establezcan sus magistrados, según lo dispuesto por el parágrafo segundo del artículo 5º del título transitorio de la Constitución Política, incorporado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 2017. Entre dichas funciones se halla la de crear los despachos, secciones y dependencias internas de dicha jurisdicción, así como fijar su planta de personal, debiendo respetar, para el efecto, la estructura y la planta mínima previstas en el citado acto legislativo.

### 3. El desarrollo legal y reglamentario

Finalmente, es pertinente mencionar que, hasta el momento, se han expedido algunas normas que se refieren parcialmente a la estructura y al funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Una de ellas es la Ley 1820 de 2016, cuyo objeto consiste en regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y conexos, así como establecer tratamientos penales diferenciados, especialmente para los agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto interno armado (artículo 2º). Dentro de este contexto, varias disposiciones de dicha ley se refieren a las funciones que tiene a su cargo la Jurisdicción Especial para la Paz y, en particular, sus Salas de Amnistía e Indulto y de Definición de Situaciones Jurídicas.

Esta ley fue desarrollada por el Gobierno nacional mediante el Decreto 277 de 2017<sup>576</sup>, especialmente en relación con la aplicación de la amnistía “*de iure*”, prevista en la Ley 1820, para las personas privadas de la libertad por delitos políticos y conexos.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que, en la actualidad, se tramita en el Congreso de la República el proyecto de ley N° 08 de 2017, Senado, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*”, mediante la cual se regulan diversos aspectos de la organización, el régimen jurídico y el funcionamiento de dicha jurisdicción, inclusive en relación con las normas de procedimiento que deben cumplirse para el ejercicio de su función judicial.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), prevista en el “*Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, es un órgano autónomo que se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del Acto Legislativo 1 de 2017 y las normas legales y con fuerza de ley que la han regulado parcialmente.

Dicha jurisdicción se encuentra formalmente en funcionamiento, aunque materialmente no lo está, salvo en relación con las funciones asignadas a la Secretaría Ejecutiva y al Comité de Escogencia de sus magistrados, razón por la cual resulta urgente adoptar las

576 “Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.



demás medidas legislativas, administrativas, presupuestales y de cualquier otra índole que se requieran para que la JEP empiece a operar efectivamente, es decir, para que inicie el ejercicio de las funciones judiciales de carácter transitorio que el Acto Legislativo N° 1 de 2017 le asignó, en desarrollo de lo pactado en el Acuerdo Final.

#### **B. El artículo 92 de la Ley 617 de 2000. Limitación al aumento de los gastos de personal de las entidades públicas**

La Ley 617 de 2000 dispone, en su artículo 92:

*“Artículo 92. Control a gastos de personal. Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. **A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales**”.* (Se destaca).

El artículo 92 es norma orgánica de presupuesto, tal como lo califica expresamente el artículo 95 de dicha ley<sup>577</sup>. Este calificativo, de norma orgánica de presupuesto, fue revisado y respaldado por la Corte Constitucional en dos ocasiones, al menos:

En primer lugar, en la sentencia C-540 de 2001<sup>578</sup>, con la cual la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra varias normas de la Ley 617 de 2000, y declaró exequibles el artículo 95 (que calificó expresamente a otras disposiciones de esa ley como normas orgánicas de presupuesto, entre ellas, el artículo 92), el mismo artículo 92 y otros preceptos de la Ley 617, “*por las razones expuestas en la parte motiva y exclusivamente por el cargo de violación de los requisitos constitucionales para la aprobación de leyes orgánicas*” (numeral 3° de la parte resolutive).

En la providencia comentada, la Corte Constitucional sostuvo que, dentro de una misma ley, puede haber normas ordinarias y normas orgánicas, siempre y cuando estas últimas sean aprobadas por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara, conforme lo exige el artículo 151 de la Constitución Política, y cumplan con los demás requisitos que se derivan de la Carta para que una disposición legal pueda ser considerada como “orgánica”.

A este respecto, la Corte, en la misma sentencia, explicó lo siguiente sobre las condiciones materiales, formales y procedimentales que debe tener una norma legal para que pueda reputarse como orgánica, y sobre el cumplimiento de tales requisitos por parte del artículo 92 de la Ley 617 de 2000:

577 En efecto, el artículo 95 de la Ley 617 de 2000 dispone: “Artículo 95. Normas orgánicas. Los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 son normas orgánicas de presupuesto”. (Se resalta).

578 Corte Constitucional, sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001, expedientes D-3256 y D-3257.

**“Tercera hipótesis:** Los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 617 **son normas orgánicas de presupuesto porque reúnen los requisitos señalados en la Constitución para las leyes orgánicas.**

Para decidir si los artículos en mención son normas orgánicas será necesario determinar si en el trámite legislativo se cumplieron o no los requisitos constitucionales exigidos para aprobar las leyes orgánicas. Para este propósito, en primer lugar se señalarán **los requisitos constitucionales de las leyes orgánicas y, en segundo lugar, se verificará si los artículos mencionados tienen o no el carácter de normas orgánicas de presupuesto.**

**1) Los requisitos constitucionales especiales de las leyes orgánicas.** Las leyes orgánicas, además de cumplir las normas generales sobre el proceso legislativo, deben reunir **cuatro condiciones o requisitos especiales que las diferencian de la legislación ordinaria: el fin de la ley, su contenido o aspecto material, la votación mínima aprobatoria y propósito del legislador al tramitar y aprobar el respectivo proyecto.**

#### **a) La finalidad de la ley orgánica.**

En los términos del artículo 151 de la Constitución Política, en la ley orgánica se aprueban las normas “a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa”.

Acerca de tal calidad, la Corte ha señalado que “la Ley Orgánica condiciona la expedición de leyes sobre la materia que ella trata, de modo tal que sus prescripciones han sido elevadas a un rango cuasi-constitucional, pues una vulneración o desconocimiento de lo que ella contemple en materia de procedimiento y principios por parte de las leyes presupuestales ordinarias, acarrea su inconstitucionalidad”<sup>579</sup>.

Así mismo, en la sentencia C-337 de 1993 la Corte precisó la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas y su valor normativo de la siguiente manera: “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 sí 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...**”<sup>580</sup>.

#### **b) Las materias de ley orgánica.**

579 “[18] Sentencia C-478 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; En el mismo sentido ver también las Sentencias C-337 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-423 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; C-446 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-894 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-432 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra”.

580 “[19] M. P. Vladimiro Naranjo Mesa”.

*Las materias de reserva constitucional de ley orgánica constituyen el elemento trascendental para definir e identificar este tipo especial de leyes. Así mismo, la aprobación de leyes orgánicas constituye una excepción a la cláusula general del legislador ordinario. En este sentido, la reserva de ley orgánica exige una determinación específica en la Constitución Política y sus alcances materiales son restrictivos en su interpretación.*

*Según lo expresado por esta Corporación, “Debe realizarse un cuidadoso examen de las limitaciones contenidas en la ley orgánica, pues, ‘una interpretación laxa del ámbito reservado al legislador orgánico - o estatutario -, podría terminar por vaciar de competencia al legislador ordinario y restringir ostensiblemente el principio democrático’. La duda en el caso de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no, debe resolverse a favor del legislador ordinario...”<sup>581</sup>.*

**La Constitución consagra cuatro materias específicas de reserva de ley orgánica, las cuales, según la denominación dada en la doctrina y en la jurisprudencia, corresponden a las siguientes: Ley Orgánica del Congreso, Ley Orgánica de Planeación, **Ley Orgánica del Presupuesto** y Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. De esta manera, la definición constitucional de las leyes orgánicas se elabora a partir de este criterio material. (...)**

### **c) Mayoría absoluta para aprobar leyes orgánicas.**

*Las leyes orgánicas requerirán para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara. (C.P., art. 151).*

*Con la aprobación privilegiada se exige la obtención de mayor consenso de las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República, lo cual garantiza mayor legitimidad democrática a la ley que va a autolimitar el ejercicio de la actividad legislativa. Además, le permite al Congreso proyectarse a más largo plazo que con la legislación ordinaria. Al fin de cuentas las leyes ordinarias están condicionadas a la ley orgánica cuando desarrollan la misma materia<sup>582</sup>.*

### **d) Propósito de aprobar una ley orgánica**

**Las leyes orgánicas deben contar con el “propósito legislativo explícito de proponer y tramitar una ley de ese tipo, esto es, la intención manifiesta y positiva de que se surta un procedimiento legislativo directamente encaminado a la adopción o reforma de una de tales leyes.<sup>583</sup>**

Esta condición de exigir desde el comienzo claridad sobre la intención del legislador de dar un tratamiento de ley orgánica, consulta postulados de transparencia del proceso legislativo como resultado del principio democrático. En la medida en que haya claridad de propósitos del proceso legislativo, se respeta el derecho de la población a ejercer control

581 “[20] Sentencia C-432 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sobre la resolución de la duda a favor del legislador ordinario ver también la Sentencia C-894 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

582 “[22] Ver Sentencias C-600 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-446 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-432 de 2000, M. P., Alfredo Beltrán Sierra; y C-795 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

583 “[23] Sentencia C-795 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

político directo sobre sus autoridades y se preserva el fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política de la Nación (C. P., arts. 2º y 40).

## **2) Cumplimiento de requisitos por los artículos señalados en el art. 95**

*Corresponde ahora verificar si en la aprobación de los artículos 3º... 91, 92 y 93 de la Ley 617 de 2000 **se atendieron o no las condiciones constitucionales para ser normas orgánicas de presupuesto.***

### **a) Finalidad**

*En términos generales, la Ley 617 cambió la estrategia legislativa frente a la programación, elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales. (...)*

*Al revisar las disposiciones orgánicas aprobadas por la Ley 617 de 2000 se observa que ellas se relacionan con el sistema presupuestal de las entidades territoriales. Las materias adicionadas en la Ley Orgánica del Presupuesto o sus artículos modificados son los que contienen las normas a las cuales deben sujetarse las normas orgánicas de presupuesto de las entidades territoriales. Luego, **es evidente que la finalidad de la Ley 617 en esta materia fue modificar la Ley Orgánica del Presupuesto**, la cual desde su expedición ha sido igualmente vinculante para departamentos, distritos y municipios. (C. P., art. 352).*

### **b) Materias**

*Los artículos 3º... 91, 92 y 93 de la Ley 617 se refieren a las siguientes materias: financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales... efectos por realizar gastos inferiores a los límites establecidos en la ley; límites a gastos por adquisición de bienes y servicios del nivel nacional; **control a los gastos de personal**, y naturaleza de los gastos de publicidad como gastos de funcionamiento. (...)*

*De acuerdo con lo expuesto en los dos literales anteriores, **para la Corte existe relación de finalidad y de contenido entre los asuntos regulados por los artículos mencionados en el artículo 95 de la Ley 617 de 2000 y las materias propias de la Ley Orgánica del Presupuesto.** En estos aspectos **armonizan con los mandatos de los artículos 151 y 352 de la Constitución Política.***

### **c) Votación obtenida en el Congreso de la República (...)**

*Como se aprecia, los artículos de ley orgánica de presupuesto de la Ley 617 en todos los eventos en que se discutieron **fueron aprobados por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara, en cumplimiento de la exigencia señalada en el artículo 151 de la Constitución Política.***

#### **d) Propósito del legislador de aprobar normas orgánicas de presupuesto**

*Corresponde ahora verificar el cumplimiento de la cuarta condición de las leyes orgánicas. Sobre este aspecto se encuentran referencias que expresan la voluntad explícita de aprobar normas orgánicas de presupuesto en las diferentes etapas del trámite del proyecto en el Congreso de la República. (...) Como se aprecia, en el trámite y aprobación de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 617 de 2000 se cumplieron los requisitos constitucionales exigidos para ser normas orgánicas de presupuesto. Por lo tanto, se declarará su exequibilidad.* (Subrayas ajenas al texto original).

Una segunda oportunidad en la que la Corte estudió y ratificó el carácter de norma orgánica del presupuesto del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 fue en la sentencia C-331 de 2017, en la que declaró inexecutable el Decreto Ley 298 de 2017, expedido por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas directamente por el Acto Legislativo N° 1 de 2016, justamente para implementar el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC.

Dicho precedente merece ser analizado con atención, no solamente por lo reciente, sino especialmente porque se refiere al control abstracto de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley que se expidió para implementar un aspecto determinado del Acuerdo Final y en la que se pretendió eximir a una entidad pública –la Unidad Nacional de Protección (UNP)– del límite al crecimiento de los gastos de personal previsto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000. En efecto, el artículo 1º del Decreto Ley 298 de 2017 preceptuó:

*“Artículo 1º. Exceptuase a la Unidad Nacional de Protección durante la presente vigencia fiscal, de la aplicación de las restricciones previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 en el crecimiento de los gastos de personal relativos a la modificación de su estructura y planta de personal, para la implementación inmediata de medidas materiales de protección de que trata el punto 3.4.7.4 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, dentro del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política.”* (Se destaca).

A este respecto, la Corte Constitucional, al efectuar la revisión automática de constitucionalidad del citado decreto, conforme a lo dispuesto por el artículo 2º del Acto Legislativo N° 1 de 2016, manifestó que el artículo 1º del Decreto 298 de 2017 desconoció una de las prohibiciones o restricciones que el referido acto legislativo le impuso al Gobierno nacional, al facultarlo transitoriamente para expedir decretos con fuerza de ley, con el fin de implementar el Acuerdo Final, consistente en que el Gobierno no podía modificar o derogar leyes orgánicas, entre otras.

En este sentido, la Corte ratificó que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 es una norma orgánica del presupuesto, como la misma corporación lo había señalado en la sentencia C-540 de 2001, razón por la que solamente puede ser modificado o derogado mediante otra ley orgánica.

En esa medida, la Corte Constitucional consideró que establecer una excepción a una limitación general, como la contenida en el artículo 92 de la Ley 617, implica una modificación a dicha norma, así la salvedad sea para una sola entidad pública y de manera transitoria, como lo pretendió hacer el Decreto Ley 298 de 2017.

Como el artículo 1° del Decreto Ley 298 no es una norma orgánica de presupuesto y, además, el Acto Legislativo 1 de 2016 prohibió expresamente al Gobierno nacional modificar las leyes orgánicas, entre otras, la Corte concluyó que el citado decreto (que solo constaba de dos artículos) era inconstitucional y, por tal razón, lo declaró inexecutable.

Vale la pena comentar que, frente al argumento planteado por algunos de los intervinientes en ese proceso, en el sentido de que ya varias leyes ordinarias habían creado excepciones a la restricción contenida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, tales como el artículo 72 de la Ley 714 de 2001<sup>584</sup>, el artículo 255 de la Ley 1450 de 2011<sup>585</sup>, el artículo 11 de la Ley 1640 de 2013<sup>586</sup> y los artículos 336 y 367 de la Ley 1819 de 2016<sup>587</sup>, la Corte Constitucional manifestó que la expedición de dichas normas legales, cuya constitucionalidad no había sido revisada aún por esa corporación, no puede servir de argumento para defender la constitucionalidad de otra disposición con fuerza de ley, como el artículo 1° del Decreto Ley 298 de 2017, porque eso sería tanto como aceptar que todas esas otras normas se ajustan a la Constitución Política, simplemente porque el Congreso de la República las expidió y se encuentran vigentes.

Sobre estos puntos, vale la pena citar los siguientes apartes de la sentencia que se menciona:

***“Estos dos argumentos no dejan duda alguna sobre el carácter orgánico del artículo 92 de la Ley 617 de 2000. Sin embargo, una intervención afirma que no hay una reforma sino una exclusión de una limitación presupuestal, figura que ya han materializado otras leyes ordinarias<sup>588</sup>, y la Procuraduría General estima que el citado artículo 92 permite matices ante exigencias constitucionalmente imperiosas. La Corte considera que estas conclusiones son equivocadas, no solo por los argumentos expuestos, sino porque parten de una confusión sobre la estructura de las normas y su interpretación ante las posibles reformas.***

*51. Algunos elementos de la teoría de las normas, sumados a la jurisprudencia vigente, pueden resultar útiles para aclarar el asunto (...).*

***El sentido del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 es facultar únicamente al Legislador para pronunciarse sobre las materias que fueron citadas en la norma. Por lo tanto, ningún otro órgano estaría habilitado para hacerlo. Hasta aquí, podría decirse que en este caso no existe ningún problema constitucional, porque el presidente ha sido revestido de***

584 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002”.

585 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

586 “Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013”.

587 “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”.

588 “[80] Las normas referidas por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario son: (...)”.

facultades legislativas, así que actúa como legislador y es el competente para introducir reformas al artículo 92.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, la reserva de ley orgánica es aún más compleja, habilita únicamente al Congreso para que legisle sobre ciertas materias<sup>589</sup>, a través de un procedimiento que requiere de mayorías especiales, con el fin de brindar estabilidad a esas normas y con la consecuencia de que las mismas ocupan un lugar especial en el sistema de fuentes. **Por lo tanto, ningún otro ente o individuo puede expedir ese tipo de normas porque serían incorrectas/inconstitucionales. Incluso, si el ente competente las expidiera sin seguir el procedimiento adecuado, la consecuencia sería la misma.** Con base en estos elementos es claro que el legislador extraordinario, por definición, no podría cumplir con el procedimiento establecido. (...)

**52. En este caso existe una violación al artículo 92 de la Ley 617 de 2000 que es una norma constitutiva. (...) Por lo tanto, cualquier alteración en el límite y en la facultad, claramente ya sería una reforma, pues cambia las condiciones impuestas para producir efectos institucionales. Bajo estas circunstancias, la exclusión de una entidad para que no se aplique un límite establecido por el legislador para sí mismo, evidentemente altera las facultades que el Congreso atribuyó inicialmente.**

**53. Tampoco es admisible considerar que se trata de una norma que permita modulación o matices.** A pesar de la estructura especial de las normas orgánicas como reglas que confieren potestades, **no se trata de principios ponderables o modulables, la reserva de ley establece una competencia que a la vez impide a un ente diferente al legislador pronunciarse sobre la materia, incluso le prohíbe a Congreso hacerlo, si no cumple con el procedimiento establecido,** en particular con las mayorías especiales. (...)

En este caso **el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, no hace ninguna distinción al respecto, ni prioriza temas,** como parecería entenderlo el Procurador. En ese sentido, la técnica de interpretación de la norma, la mantiene en el campo de la lógica deóntica, no en la lógica de la preferencia<sup>590</sup>.

**El argumento que invoca la existencia de otras normas similares, leyes ordinarias que han exceptuado el contenido de una norma con rango orgánico, también resulta inadmisibles** porque parte de la tesis de considerar que esta nueva norma es constitucional solo porque **es similar a otras sobre las que ni siquiera existe un pronunciamiento por parte de esta Corte.** En efecto, en este razonamiento confunde las potestades del Congreso

589 “[82] De acuerdo con la Carta Política están sujetas a reserva de ley orgánica: (i) los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras (art. 151); (ii) las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo (art. 151); (iii) las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. (C. P., art 151 y. 288 C.P.); (iv) las reglas y requisitos para la formación de nuevos departamentos (art. 297); (v) las reglas para la conversión de una región en entidad territorial y los principios para la adopción del estatuto especial de cada región, así como las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones, y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías (art. 307); (vi) el régimen administrativo y fiscal especial de las áreas metropolitanas, así como los mecanismos que garanticen la adecuada participación de las autoridades municipales en los órganos de administración de estas áreas, la conversión de estas en distritos y la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios a las áreas metropolitanas (art. 319); (vii) las condiciones para la conformación de entidades territoriales indígenas(art. 329). Ver sentencia C-439 de 2016 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-494 de 2015 M. P. Alberto Rojas Ríos, C-077 de 2012 M. P. Mauricio González Cuervo”.

590 “[85] Aarnio, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento Jurídico”. En: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2000, 4: 593-602”.

*con las consecuencias de su labor: que el Congreso tenga la potestad de expedir leyes, no hace que todas ellas sean constitucionales...*" (Destaca la Sala).

En el siguiente acápite de este concepto analizaremos hasta qué punto este precedente guarda similitud con la situación planteada en la consulta y, por lo tanto, en qué medida resulta aplicable para responder al interrogante formulado.

### **C. Análisis de la restricción impuesta en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, frente a la implementación y entrada en funcionamiento de la JEP**

Como punto de partida para este estudio, la Sala empieza por observar que, a diferencia de lo que acontecía con el artículo 1º del Decreto Ley 298 de 2017, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en el presente caso no se presenta contradicción o antinomia alguna entre el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las normas del Acto Legislativo Nº 1 de 2017 que se refieren a la Jurisdicción Especial para la Paz. En efecto, el artículo 92 de la Ley 617 dispone:

*"Artículo 92. Control a gastos de personal. Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales".*

Mientras que las normas transitorias pertinentes de la Constitución Política, adicionales por el Acto Legislativo 1 de 2017, establecen:

*"Artículo transitorio 5º. Jurisdicción Especial para la Paz. (...)*

*Parágrafo 2º. Con el fin de garantizar el funcionamiento y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica de la jurisdicción especial para la paz, el Secretario Ejecutivo y el Presidente o la instancia de gobierno de la JEP que los magistrados de la misma definan, ejercerán de manera exclusiva, y solo durante el tiempo de vigencia de la misma, todas las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecidas en el Acto Legislativo número 02 de 2015 y en la Ley 270 de 1996 respecto al gobierno y administración de esta Jurisdicción".*

*"Artículo transitorio 15. Entrada en funcionamiento y plazo para la conclusión de las funciones de la JEP. La JEP entrará en funcionamiento a partir de la aprobación de este Acto Legislativo sin necesidad de ninguna norma de desarrollo, sin perjuicio de la aprobación posterior de las normas de procedimiento y lo que establezca el reglamento de dicha jurisdicción. (...)"*.

Como se aprecia, a simple vista, las disposiciones constitucionales mencionadas se refieren a temas o asuntos distintos, y su contenido, es decir, las normas o reglas de derecho contenidas en los artículos que se citan, no entran en oposición o contradicción, en aspecto alguno, con el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.



En efecto, la disposición de la ley 617 de 2000 se refiere al crecimiento de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, para establecer actualmente que dichos gastos no pueden crecer en “*términos reales*”, es decir, por encima del porcentaje anual de inflación, como más adelante se explicará.

Por su lado, las disposiciones transitorias de la Constitución, incorporadas por el Acto Legislativo N° 1 de 2017, se refieren, de una parte, a que la entrada en funcionamiento de la JEP se produce en forma inmediata, a partir de la promulgación del acto legislativo y, de otra parte, a que, para garantizar el funcionamiento y la autonomía administrativa, presupuestal y técnica de dicha jurisdicción, el Secretario Ejecutivo y el Presidente de la misma, o la instancia de gobierno que en el futuro determinen sus magistrados, tendrán, durante la vigencia de la JEP, las mismas funciones asignadas constitucional y legalmente a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Como se ve, ni del texto ni del contenido material de las normas citadas emerge oposición o contradicción alguna. Sin embargo, la dificultad planteada en la consulta podría surgir, en consecuencia, de la interpretación que se dé al artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y, sobre todo, de su aplicación en relación con la Jurisdicción Especial para la Paz, al momento de apropiar los recursos necesarios para cubrir los gastos de personal que dicha jurisdicción especial requiere para su normal y adecuado funcionamiento, una vez definida su estructura organizacional detallada y definitiva, así como la planta de personal que tendrá.

Así, de llegarse a concebir que el artículo 92 de la Ley 617 impide apropiar esos nuevos gastos de personal, por cuanto implicaría exceder el límite previsto en dicha norma, ya sea globalmente (es decir, en relación con el conjunto de las entidades públicas nacionales), o bien individualmente (es decir, en relación con la misma JEP), se llegaría a la conclusión de que el citado artículo 92 impediría que la Jurisdicción Especial para la Paz empezara a ejercer inmediatamente sus funciones, como lo exige la Constitución Política, mientras no se estableciera para dicho órgano una excepción a la restricción prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, mediante otra ley de carácter orgánico.

En consecuencia, lo primero que debe estudiarse es la interpretación del artículo 92 de la Ley 617, para determinar si la situación descrita en esta consulta, en relación con la JEP, se enmarca dentro del supuesto de hecho de la referida norma. Si la respuesta a este interrogante fuere positiva, habría que determinar, a continuación, si la citada disposición legal puede oponerse al cumplimiento de las normas constitucionales transitorias introducidas por el Acto Legislativo 1 de 2017, dado el momento en que tales disposiciones fueron expedidas y su rango o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

## **1. Interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000**

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la Ley 617 de 2000 contiene un paquete de medidas cuyo propósito primordial es el de racionalizar el gasto público, especialmente el de las entidades territoriales, debido a la amenaza que el crecimiento desbordado y

desordenado de dicho gasto podría tener para la estabilidad financiera del Estado colombiano.

En esa medida, el artículo 92 de la citada ley se enmarca claramente dentro de ese mismo propósito, al prohibir que los gastos de personal de las entidades públicas nacionales aumentaran, en promedio, por encima del noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada, proyectada para cada año por el Banco de la República, durante los cinco (5) años siguientes a la promulgación de dicha ley, y que esos mismos gastos crezcan “*en términos reales*” durante los años subsiguientes. Dado que ya transcurrieron los primeros cinco (5) años desde la entrada en vigencia de la Ley 617, el límite aplicable actualmente es este último, es decir, el porcentaje de inflación, como se explicará a continuación.

Dado lo anterior, la norma contiene una ecuación matemática, que consiste hoy en día en que los gastos de personal de las entidades públicas nacionales no pueden crecer, “*en promedio*”, de un año a otro, en “*términos reales*”. Dado lo anterior, los elementos estructurales de dicha fórmula son los siguientes: (i) Los gastos de personal; (ii) las entidades públicas nacionales; (iii) el porcentaje de inflación, y (iv) el crecimiento “*promedio*” de tales gastos.

### a. Los gastos de personal

Sobre este punto vale la pena recordar que, conforme al artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto<sup>591</sup>, el presupuesto general de la Nación se compone de tres partes principales: (i) el presupuesto de rentas, (ii) el presupuesto de gastos o “*ley de apropiaciones*” y (iii) las disposiciones generales. En punto al presupuesto de gastos, el literal b) de la misma norma preceptúa:

*“b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo... los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, **distinguiendo entre gastos de funcionamiento**, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos”.* (Se destaca).

Vale la pena agregar que el artículo 41 del Decreto 2170 de 2016<sup>592</sup>, define y clasifica cada una de las partidas de gastos que incluye la ley anual de presupuesto (en este caso, para la vigencia fiscal 2017).

Dicha norma define los gastos de funcionamiento como aquellos “*que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la Ley*”. Este tipo de gastos se clasifica, a su vez, en **gastos de personal**, gastos generales, transferencias corrientes, transferencias de capital y gastos de comercialización y producción.

591 Contenido en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, principalmente, cuyas disposiciones se encuentran compiladas en el Decreto Ley 111 de 1996.

592 “Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”.

En consecuencia, la expresión “gastos de personal” se refiere a una clase particular de gasto público, que excluye tanto los gastos de inversión como los otros tipos de gastos de funcionamiento (gastos generales, transferencias etc.). Por lo tanto, esas otras clases de gastos están por fuera de la limitación prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, aunque pueden estar sometidas a otras restricciones constitucionales o legales.

### **b. Las entidades públicas nacionales**

El concepto de “entidades públicas nacionales” puede tener diferentes significados y alcances, de acuerdo con el fin para el cual se defina y el contexto dentro del cual se analice, como, por ejemplo, si se estudia desde el punto de vista constitucional, para establecer la organización general del Estado colombiano; o si se analiza desde el punto de vista legal, en relación con la estructura de la administración pública, o para efectos de la contratación estatal, o para los fines de la gestión y la responsabilidad fiscal, o en relación con los procedimientos administrativos y judiciales, a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, dado que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 es una norma orgánica del presupuesto general de la Nación, el concepto de “entidades públicas nacionales” debe entenderse, en primer lugar, a la luz de las otras disposiciones que conforman, en su conjunto, el Estatuto Orgánico del Presupuesto o, en términos más generales, la “ley orgánica de presupuesto”, prevista en la Constitución Política. En esa medida, es necesario recordar que el artículo 3º del Estatuto Orgánico del Presupuesto delimita su ámbito de cobertura, en los siguientes términos:

*“Artículo 3º. Cobertura del Estatuto. Consta de dos (2) niveles: **un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.***

***El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.***

*Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga. (...) (Ley 38/89, artículo 20., Ley 179/94 artículo 1º). (Destacamos).*

Y el artículo 11 *ibídem* dispone, con mayor detalle:

*“Artículo 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:*

*a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que*

*haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.*

*b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones. Incluirá las **apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional**, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos. (...)*. (Negritas ajenas al texto).

Así, entonces, con el fin de mantener la armonía y la coherencia que debe existir entre las normas orgánicas del presupuesto, la Sala entiende que la expresión “*Entidades Públicas Nacionales*”, utilizada por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, se refiere a las entidades, órganos y organismos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, esto es, las Ramas Legislativa y Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación (Ministerio Público), la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la organización electoral (que incluye la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral), y la Rama Ejecutiva en el orden nacional, incluyendo los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional.

Vale la pena resaltar que entre las secciones o “entidades” incorporadas en el Presupuesto General de la Nación y destinatarias, por lo tanto, de las leyes orgánicas de presupuesto, se encuentra la Rama Judicial y, de forma separada, la Fiscalía General de la Nación. A este respecto, es ilustrativo observar que, si bien la Fiscalía forma parte de la Rama Judicial, tal como se deduce del artículo 116 y del título VIII de la Constitución Política, y lo dispone expresamente el artículo 11 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Estatuto Orgánico del Presupuesto quiso darle una entidad propia y separada, dada la autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución Política le otorga (artículo 249).

Lo anterior demuestra que, para efectos presupuestales, las normas orgánicas pueden apartarse de la división clásica entre entidades públicas (del sector central y descentralizadas), organismos y órganos autónomos, que la Constitución Política y la ley han establecido para fines diversos, pudiendo, en consecuencia, darle el carácter de “sección” en el presupuesto general de la Nación a dependencias u organismos que formen parte de una rama o de un órgano del Estado y, por el contrario, concentrar en una misma “sección” entidades que jurídicamente sean distintas y separadas.

Ahora bien, el análisis anterior también permite concluir que en el concepto de “*Entidades Públicas Nacionales*” utilizado en el artículo 92 de la Ley 617 y, por lo tanto, en la limitación que dicha norma establece, no pueden entenderse incluidas entidades, órganos u organismos que estén por fuera del Presupuesto General de la Nación, como las

entidades territoriales y sus descentralizadas, el Banco de la República, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta.

### c. La expresión “en términos reales”. El porcentaje de inflación

El artículo 92 de la Ley 617 de 2000 dispone, como se ha reiterado, que los gastos de las entidades mencionadas no pueden crecer “en términos reales”; lo cual significa, “*contrario sensu*”, que sí pueden aumentar en **términos nominales**, es decir, que las apropiaciones destinadas a cubrir tales gastos pueden mantener, apenas, su valor real o poder adquisitivo constante.

El concepto de valor real o poder adquisitivo constante significa que una suma de dinero sirva, durante cierto período de tiempo, para adquirir los mismos bienes o servicios, a pesar de la depreciación o envilecimiento de la moneda, como resultado del fenómeno económico de la inflación<sup>593</sup>, que, en nuestro medio, calcula y certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Lo anterior significa que, según el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, los gastos de personal de las “*Entidades Públicas Nacionales*” no pueden crecer, “en promedio”, de un año a otro, en un porcentaje superior al de la inflación causada en el primer año. Es decir, que si la tasa de inflación para 2017 fuera del 5%, para citar un ejemplo hipotético, los gastos de personal de las citadas entidades no podrían crecer, durante el año 2018, en un porcentaje superior al 5%.

### d. El crecimiento “promedio” de los gastos de personal

El elemento que probablemente resulta más problemático y genera mayores dificultades hermenéuticas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, es la expresión “*en promedio*” que utiliza dicha disposición, cuando establece que los gastos de personal de las referidas entidades públicas no podrán “*superar **en promedio** el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación*” (hoy en día, la inflación causada).

Esto se debe a que dicho promedio no podría referirse, a juicio de la Sala, **al índice o porcentaje** de crecimiento de tales gastos, pues la tasa de inflación **general** es un porcentaje fijo o determinado certificado por el DANE, respecto del cual no es posible calcular un promedio, a menos que se tomaran los diferentes índices de inflación parciales que certifique el DANE (por estratos, para el sector rural, para el consumidor, para el productor, para el sector urbano, etc.).

Por lo tanto, el término “en promedio”, a juicio de la Sala, no se refiere al porcentaje máximo en el que pueden crecer los gastos de personal, el cual es fijo para cada año, sino al conjunto de las entidades públicas nacionales destinatarias de dicha norma; es decir, que el incremento en esa clase de gastos de todas las entidades mencionadas, **en su con-**

593 Los economistas definen la inflación como el aumento persistente en el nivel general de precios de una economía.

**junto o de manera global**, no puede exceder de la tasa de inflación general certificada por el DANE para el año anterior.

En opinión de la Sala, este es el único entendimiento en el que la expresión “*en promedio*” resultaría lógica y eficaz, en el contexto de la norma que se analiza, pues permitiría entender que algunas entidades públicas nacionales tuvieran un incremento en sus gastos de personal por encima de la inflación, otras no tuviesen crecimiento alguno y otras tuvieran un decrecimiento, siempre que el aumento en los gastos de personal de ese universo de entidades no excediera, “*en promedio*”, la tasa de inflación del año anterior; es decir, que no se genere un alza real en los gastos de personal de ese conjunto de entidades.

La hermenéutica anterior, además, armoniza plenamente con la finalidad perseguida por el artículo 92 y, en general, por la Ley 617 de 2000, pues dado que los recursos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se entiende que forman parte de una universalidad (principio de unidad de caja), el efecto fiscal y financiero del incremento en el gasto público no se produce, desde el punto macroeconómico, por el aumento en los gastos de personal de una u otra entidad pública, considerada aisladamente, sino por el aumento en los gastos de todas las entidades **en su conjunto**, es decir, de la sumatoria total de los gastos de personal incluidos en el presupuesto de gastos o “*ley de apropiaciones*”, que forma parte del presupuesto general de la Nación.

En todo caso, ya sea que se tome el conjunto de las “*Entidades Públicas Nacionales*”, como sería lo correcto, o cada una de ellas en forma separada, debe tenerse en cuenta que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 establece, como se dijo antes, una ecuación aritmética que implica comparar los gastos de personal de un conjunto o universo de entidades, en un determinado año fiscal, con los gastos de personal **de ese mismo grupo** de entidades en el año fiscal siguiente. De lo contrario, no sería posible hacer la comparación, o el resultado de la misma resultaría equivocado, desde el punto de vista matemático.

En consecuencia, la Sala entiende que, de este ejercicio, deben excluirse las entidades, organismos u órganos que se creen en determinada vigencia fiscal, ya sea por disposición de la Constitución Política o de la ley, salvo que los nuevos entes se constituyan para cumplir total o parcialmente las mismas funciones públicas o prestar los mismos servicios públicos de entidades u organismos preexistentes, cuya eliminación o reestructuración (por fusión, transformación o escisión, entre otras) se haya dispuesto. Lo anterior significa que si la entidad, el órgano o el organismo que se crea tiene como objeto principal cumplir **funciones públicas nuevas**, como sucede justamente con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), o prestar servicios públicos nuevos, los gastos de personal iniciales que requiere la conformación y puesta en funcionamiento de dicha entidad, órgano u organismo no pueden tenerse en cuenta para calcular el límite al crecimiento de los gastos de personal previsto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

De lo contrario, además de contradecir la lógica matemática que se ha descrito, la aplicación del límite referido podría cohibir, en la práctica, el ejercicio de la atribución asignada constitucionalmente al Congreso de la República, ya sea como legislador ordi-

nario (artículo 150, numerales 7° y 23°, de la Carta) o bien como constituyente derivado, de establecer nuevas funciones o servicios públicos, y de crear las entidades, órganos u organismos que los deban cumplir o prestar, pues dado que toda nueva institución implica, generalmente, la necesidad de contratar personal y pagar sus respectivos salarios, prestaciones sociales y demás gastos asociados, la interpretación que se rebate del artículo 92 de la Ley 617 implicaría que el Congreso, o bien se abstuviera de crear la nueva entidad, o bien la creara pero no pudiera ponerla en funcionamiento, o bien tuviera que eliminar necesariamente otra entidad u organismo público para compensar, de esa forma, el incremento en los gastos de personal que el establecimiento de la nueva entidad implicara.

Cualquiera de tales opciones implicaría, a nuestro juicio, una interpretación y aplicación de la norma ostensiblemente inconstitucional.

De lo anterior se concluye que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no es una norma aplicable actualmente a la Jurisdicción Especial para la Paz, dado que: (i) dicho órgano no está previsto actualmente como una “entidad” o “sección” en el presupuesto general de la Nación, y (ii) aunque se estableciera como una “sección” del presupuesto general de la Nación<sup>594</sup>, al tratarse de un órgano nuevo en el ordenamiento jurídico colombiano, el límite a que se refiere el citado artículo 92 no podría aplicarse a los gastos de personal que se financien con recursos del presupuesto durante su primer año fiscal de funcionamiento.

## **2. Aplicación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 frente a las normas constitucionales que crearon y pusieron en funcionamiento la JEP**

Lo explicado en el numeral anterior sobre la correcta interpretación que, a juicio de la Sala, debe hacerse del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, permite llegar a la conclusión de que, al menos para el primer año fiscal, dicha norma legal de carácter orgánico no puede aplicarse a la Jurisdicción Especial para la Paz, en lo referente a los gastos de personal requeridos inicialmente para su efectiva y total conformación y para que inicie el cumplimiento de las funciones judiciales que le han sido asignadas.

Sin embargo, para ahondar en razones, consideramos útil expresar a continuación los argumentos por los cuales la Sala considera que dicha disposición, en caso de que fuera aplicable a la JEP, no podría tampoco impedir que se conformara la planta de personal de esa jurisdicción y se apropiaran, en el presupuesto general de la Nación, los recursos necesarios para cubrir los gastos de personal respectivos.

En efecto, debe tenerse en cuenta que las normas que crearon la Jurisdicción Especial para la Paz en el ordenamiento jurídico colombiano son (i) de orden constitucional y (ii) posteriores a la Ley 617 de 2000.

<sup>594</sup> La Sala destaca que en el artículo 117 del proyecto de ley estatutaria N° 08 de 2017, Senado, que actualmente cursa en el Congreso de la República, se propone incorporar al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, del cual forma parte la Jurisdicción Especial para la Paz, como una nueva sección en el Presupuesto General de la Nación, junto a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, modificando de esta forma el artículo 23 de la Ley 38 de 1989, reformado por el artículo 16 de la Ley 179 de 1994. En este punto, y dado que se trata de modificar la Ley Orgánica de Presupuesto, debe tenerse la precaución de que la disposición propuesta en el proyecto de ley cumpla con todos los aspectos que deben cumplir las normas orgánicas de presupuesto, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha reseñado.

En consecuencia, aplicando el postulado de la primacía de la Constitución Política, incorporado en el artículo 4º de la Carta, así como el principio de que la norma posterior prevalece sobre la anterior<sup>595</sup>, resulta forzoso llegar a la conclusión de que ninguna disposición de orden legal, sea ordinaria, estatutaria u orgánica, puede impedir el cumplimiento de una disposición constitucional, menos aun si esta es posterior, salvo que la misma norma de la Constitución establezca directamente la necesidad de su desarrollo legal, o lo requiera forzosamente, o que señale el deber de sujetarse a ciertas normas legales preexistentes o futuras, nada de lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa.

En efecto, debe recordarse, inicialmente, lo que dispone el artículo 4º de la Carta Política, en su primer inciso:

*“Artículo 4º. 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 (...)**”.* (Subraya la Sala).

Merece la pena comentar que esta regla había sido prevista ya, incluso a nivel legal, desde mucho antes de la Constitución Política de 1991. En efecto, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 dispone en su primer inciso:

*“Artículo 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley, preferirá aquella. (...)”.*

Sin embargo, con la expedición de la Carta Política de 1991, el principio de primacía de la Constitución vino a tener un nuevo y destacado impulso, en torno al cual se ha dado un amplio y profundo desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, principalmente, así como en la doctrina. En efecto, del artículo 4º de la Constitución se han derivado importantes consecuencias jurídicas, como las siguientes: (i) la declaratoria de inexecutable de las normas legales y con fuerza de ley que contradigan la Constitución, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes asignado a la Corte Constitucional; (ii) la declaratoria de nulidad, por parte del Consejo de Estado, de los decretos y demás actos administrativos de carácter general expedidos por el Gobierno nacional que desconozcan la Carta Política; (iii) la inaplicabilidad, en cada caso concreto, de las disposiciones legales y de otro orden que estén en oposición a las normas constitucionales, es decir, la llamada “excepción de inconstitucionalidad”; (iv) la derogatoria de los preceptos legales o de otro orden expedidos antes de una norma constitucional, que estén en clara contradicción con esta (“inconstitucionalidad sobreviviente”); (v) la regla de que, existiendo alguna incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal o de otra índole, ambas formalmente vigentes, debe prevalecer o aplicarse de preferencia la norma de la Constitución; (vi) el deber de interpretar toda la legislación y las demás disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico, incluyendo los actos administrativos, a la luz de los principios y las normas constitucionales (interpretación constitucional), y (vii) la necesidad de llenar los vacíos que

<sup>595</sup> Principio consagrado, entre otras normas, en el artículo 2º de la Ley 153 de 1887, que dispone, en lo pertinente:

*“Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.*



existan en la legislación, con la aplicación de los principios y las normas de la Carta Política, inclusive aquellos que forman parte del denominado “bloque de constitucionalidad en sentido estricto” (integración normativa constitucional).

En el caso que nos ocupa, como se ha explicado, la Sala no observa que exista una antinomia o incompatibilidad real entre las normas constitucionales que se refieren a la Jurisdicción Especial para la Paz y el artículo 92 de la Ley 617 de 2000. No obstante, si bajo alguna interpretación de esta última norma legal, se llegare a considerar que tal contradicción existe, el principio de la supremacía de la Constitución Política obligaría: (i) a interpretar y aplicar dicha disposición a la luz de la Carta, esto es, con el propósito de hacerla compatible con la Constitución y, en esa medida, de preservar la unidad y la coherencia interna del ordenamiento jurídico, y (ii) en últimas, si la oposición fuese insalvable, a aplicar la norma constitucional y dejar de aplicar el precepto legal.

Estas consecuencias son más claras aun cuando se está en presencia de normas constitucionales de **eficacia directa e inmediata**, es decir, que no contienen simplemente principios, o mandatos que deban ser desarrollados o “reglamentados” necesariamente por el legislador.

Ejemplo de esta primera clase de normas constitucionales son las que crean y ponen en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz, en el Acto Legislativo N° 1 de 2017, aunque debe aclararse que el cumplimiento pleno de las funciones judiciales a cargo de la JEP, particularmente en lo relacionado con la tramitación de los procesos judiciales, la imposición de penas y medidas de seguridad, y la emisión de sentencias, resoluciones y demás providencias, entre otros asuntos similares, requiere la expedición de normas procedimentales por parte del Congreso de la República, tal como el propio acto legislativo lo señala.

En efecto, debe reiterarse que el artículo 15 del título transitorio de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo N° 1 de 2017, dispone expresamente que “*la JEP entrará en funcionamiento **a partir de la aprobación de este Acto Legislativo sin necesidad de ninguna norma de desarrollo**, sin perjuicio de la aprobación posterior de las normas de procedimiento y lo que establezca el reglamento de dicha jurisdicción*” (se resalta).

Como se aprecia, la Carta Política no solamente **ordenó** que la Jurisdicción Especial para la Paz entrara en funcionamiento de forma inmediata, a partir de la promulgación del citado acto legislativo, lo cual ocurrió el 4 de abril del presente año, sino que también dispuso que para ello no se requería “*ninguna norma de desarrollo*”. Al señalar esto, el constituyente derivado estableció que su mandato, en relación con la JEP, debía tener eficacia directa e inmediata, es decir, debía cumplirse sin necesidad de un desarrollo legal o reglamentario, salvo, como se indicó, en lo atinente a las normas de procedimiento requeridas para el cumplimiento de las funciones judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En esa medida, el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no podría constituir un obstáculo para el cumplimiento del precepto constitucional mencionado, que tuviera que ser remo-

vido mediante otra ley orgánica, pues, de ser así, se estaría dando prelación a la disposición legal sobre el canon constitucional, se estaría desconociendo la eficacia directa de este último, en el sentido de que la implementación efectiva y la puesta en funcionamiento de la JEP requerirían un desarrollo legal previo, en asuntos distintos a los procedimientos judiciales que dicha jurisdicción debe aplicar, y se estaría desatendiendo, finalmente, el principio del efecto útil<sup>596</sup>, como regla de interpretación de las disposiciones (en este caso, constitucionales).

Aclara la Sala que no se está concluyendo que el Acto Legislativo 1 de 2017 haya **derogado o modificado** el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, sino que las normas incorporadas a la Constitución Política con dicha reforma deben **aplicarse de preferencia o con prelación** a la citada norma legal, frente a cualquier incompatibilidad u oposición que pudiera presentarse, así sea en su interpretación y utilización práctica, por ser dichas disposiciones constitucionales de rango superior y, además, posteriores, y por haber ordenado ellas mismas su aplicación directa e inmediata<sup>597</sup>.

De todo lo explicado se concluye que, si bien para la Sala no hay oposición o antinomia real entre el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las normas constitucionales transitorias que crean y ordenan la entrada en funcionamiento inmediata de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), si dicha incompatibilidad llegare a verse, bajo cualquier interpretación de las disposiciones citadas, resultaría evidente que el artículo 92 de la Ley 617 no puede impedir, total o parcialmente, ni demorar el cumplimiento de los citados preceptos constitucionales, por ser aquella (el artículo 92) una norma **anterior y de inferior jerarquía**, aunque se trate de una disposición legal de carácter orgánico.

Finalmente, el concepto aquí emitido debe entenderse sin perjuicio de reconocer el carácter transitorio de las normas constitucionales que autorizan el gasto que las mismas avalan.

En atención a las consideraciones anteriores,

### LA SALA RESPONDE

*“En caso que la restricción consagrada en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 aplique a los gastos administrativos requeridos para la puesta en funcionamiento de la JEP y teniendo en cuenta que entre lo ordenado por la Constitución Política en su artículo 15 transitorio y lo señalado en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 podría existir un eventual conflicto normativo, se plantea la siguiente consulta:*

<sup>596</sup> El sentido en el que una norma produzca un efecto útil o práctico, debe preferirse a aquel en que dicha disposición no produciría efecto alguno.

<sup>597</sup> Sobre la eficacia directa de la Constitución Política, vale la pena citar el concepto N° 2274 del 10 de noviembre de 2015, en el que la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que los contralores departamentales, distritales y municipales debían elegirse por concurso público y abierto de méritos, como lo ordena el artículo 272 de la Carta, modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo N° 2 de 2015, aunque no se hubiera expedido en ese momento la ley que debía regular la forma de efectuar tales concursos, para lo cual las asambleas y los concejos distritales y municipales debían aplicar, por analogía, las normas legales y reglamentarias existentes para elegir por concurso a los personeros municipales, con el fin de darle eficacia jurídica a las normas constitucionales que establecen el principio del mérito y la elección de los contralores territoriales por concurso.

*¿Es necesario que se expida una ley orgánica para que la JEP pueda adoptar la planta de personal que le permita comenzar a funcionar o, dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 transitorio de la Constitución Política, es viable que la Secretaría Ejecutiva de la JEP mediante el uso de sus facultades previstas en el Acto Legislativo 1 de 2017 adopte su planta de personal?”*

El artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no se aplica a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en relación con los gastos de personal iniciales que deban apropiarse con recursos del presupuesto general de la Nación, para hacer posible su efectiva conformación y el inicio de sus funciones judiciales, porque: (i) dicho órgano no está previsto actualmente como una “entidad” o “sección” en el presupuesto general de la Nación, y (ii) aunque se estableciera como una “sección” del presupuesto general, al tratarse de un órgano nuevo en el ordenamiento jurídico colombiano, el límite a que se refiere el artículo 92 de la Ley 617 no podría aplicarse a los gastos de personal que se financien con recursos presupuestales durante su primer año fiscal de funcionamiento.

En todo caso, si llegare a considerarse, bajo una interpretación distinta a la adoptada por la Sala, que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 se aplica a la Jurisdicción Especial para la Paz, en lo que atañe a sus gastos iniciales de personal, la referida disposición no podría impedir, obstruir o demorar el cumplimiento del mandato constitucional relacionado con la entrada en funcionamiento inmediata de la JEP, porque el artículo 92 de la Ley 617, aunque constituye una disposición legal de carácter orgánico, es una norma **anterior y de inferior jerarquía** a los preceptos constitucionales respectivos (Acto Legislativo N° 1 de 2017), que tienen, además, en este caso, una eficacia jurídica directa e inmediata.

En consecuencia, no es necesario modificar ni exceptuar, para la Jurisdicción Especial de Paz el límite al crecimiento de los gastos de personal previsto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, para que se determine la estructura organizacional detallada y la planta de personal de dicha jurisdicción, en ejercicio de las facultades que el Acto Legislativo N° 1 de 2017 confirió, en esta materia, a la Secretaría Ejecutiva y a la Presidencia de la JEP.

Remítase al Ministro de Justicia y del Derecho, a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

---

## VIII. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

---



## 1. Bancos de germoplasma. Recurso genético. Recurso biológico. Convenio sobre la Diversidad Biológica. Decisión 391 de la Comunidad Andina. ICA. Corpoica.

### Radicado 2124

Fecha: 04/07/2013

Consejero Ponente: *William Zambrano Cetina*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 26 de julio de 2017

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a la Sala acerca de la posibilidad de que el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) transfiera a título gratuito u oneroso a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica) los subproductos derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación, con propósitos de investigación. Igualmente, consulta acerca del régimen de propiedad que existe sobre los mencionados subproductos.

### I. Antecedentes

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural elevó una consulta a esta Sala en septiembre de 2012, la cual fue ampliada posteriormente en abril de 2013. En las consideraciones de la consulta inicial, el ministerio resaltó que el decreto 4765 de 2008 le otorgó al ICA la función de procurar la preservación y el correcto aprovechamiento de los recursos genéticos vegetales y animales del país. En desarrollo de esta función, el ICA y Corpoica han celebrado varios convenios de cooperación técnica y científica para la administración, el mantenimiento, la investigación en conservación, la caracterización y la promoción del uso de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana.

De otra parte, el ministerio destacó que los subproductos, en consideración a que no son necesarios para la preservación de la especie y la variabilidad genética del banco, son vendidos por Corpoica a terceros.

Bajo este contexto, el ministerio realizó una única pregunta, dirigida a establecer la viabilidad jurídica de que el ICA transfiera a título gratuito u oneroso a Corpoica, con fines de investigación, los subproductos derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y microbiano administrados por Corpoica con fundamento en el convenio de cooperación en ciencia y tecnología No. CN-44 de 2012. Posteriormente, en ampliación de consulta radicada el 25 de abril de 2013, el ministerio consultante presentó las siguientes consideraciones:

El ICA es responsable del mantenimiento, uso y preservación de los bancos de germoplasma del Estado. Estos bancos se constituyeron con el propósito de mantener la viabilidad genética de las razas y especies vegetales, animales y de microorganismos, la cual es necesaria para obtener materiales para la siembra o parentales para la obtención de nuevas variedades vegetales o conjuntos élite de animales. Todos esos recursos genéticos

son fundamentales para el desarrollo de la producción agropecuaria y la obtención de atributos esenciales, por medio de la investigación y la caracterización.

El ICA y Corpoica han celebrado varios convenios de cooperación técnica y científica para la administración, mantenimiento, investigación en conservación, caracterización y promoción del uso de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana, en cabeza del ICA. Los mencionados bancos están conformados por colecciones base y activas, almacenadas o conservadas in vivo e in vitro, los núcleos de razas de animales criollos y los bancos de semen, óvulos y embriones y los bancos de cepas de microorganismos.

Actualmente se encuentra vigente el convenio de cooperación en ciencia y tecnología CN-004 de 2013, suscrito por las partes el 1º de marzo de 2013, y con vigencia hasta el 31 de diciembre del mismo año.

El convenio de administración de los bancos de germoplasma está fundamentado en: i) la decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Régimen de Acceso a los Recursos Genéticos, ii) la ley 29 de 1990, por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico, iii) la ley 165 de 1994, por la cual se ratifica el Convenio sobre la Diversidad Biológica, iv) el decreto extraordinario 393 de 1991, el cual autoriza a la Nación para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías mediante la asociación con los particulares, por medio de la celebración de convenios especiales de cooperación, v) el decreto 2141 de 1992, el cual señala que el ICA tiene como una de sus funciones procurar la preservación y el correcto aprovechamiento de los recursos genéticos vegetales y animales del país (hoy es el decreto 4765 del 2008), y vi) el acuerdo No. 023 de septiembre de 1993 de la Junta Directiva del ICA, mediante el cual se excluyen de los aportes en propiedad del ICA a Corpoica, los bancos de germoplasma y la infraestructura requerida para su conservación.

Como consecuencia del convenio celebrado entre el Corpoica y el ICA, la primera asumió, entre otras, las siguientes obligaciones: i) conservar y promover el uso del germoplasma vegetal, animal y de microorganismos objeto del convenio, ii) establecer y adoptar las medidas necesarias para mantener las colecciones en las condiciones sanitarias adecuadas, iii) dar el adecuado manejo de viabilidad y establecimiento a las colecciones, iv) permitir el acceso del ICA a los bancos de germoplasma objeto del convenio, así como a toda la información sobre estos, v) cumplir lo establecido por el manual de procedimientos, especialmente lo relacionado con las ventas de los subproductos generados en desarrollo de la ejecución del convenio, vi) contribuir al diseño de estrategias de financiamiento a largo plazo, con el fin de complementar el financiamiento de los bancos de germoplasma objeto del convenio.

Por su parte, para el ICA surgieron principalmente las obligaciones de: i) entregar bajo la modalidad de administración a Corpoica los bancos de germoplasma vegetal, animal y de microorganismos ubicados en los centros de investigación Tibaitatá, Turipaná, Caribia, La Selva, Palmira, Nataima, Carimagua, La Libertad, Laboratorio de diagnóstico médico

veterinario, El Nus, el Mira, La Suiza, Obonuco y cualquier otro banco de germoplasma que el ICA decida entregar a Corpoica en el futuro, previo acuerdo del Comité Directivo del Convenio, ii) permitir utilizar a Corpoica los materiales que integran los bancos de germoplasma, para el cumplimiento de sus fines institucionales de investigación, iii) establecer las políticas de conservación y manejo de los bancos de germoplasma, y iv) supervisar las actividades de monitoreo de la viabilidad, documentación y recolección de información básica en los bancos de germoplasma in vitro.

Igualmente, el ICA y el Corpoica adoptaron un manual de procedimientos técnicos administrativos y presupuestales para el manejo de los bancos de germoplasma vegetal, animal y de microorganismos, manual que es de obligatorio cumplimiento para las partes y se encuentra integrado con el contrato.

Los bancos de germoplasma generan una serie de subproductos, los cuales tienen vocación comercial y son vendidos a terceros. Los recursos obtenidos por estas ventas ingresan a las arcas de la Nación. En el caso del Corpoica, en principio, esta no puede adquirir los productos y subproductos. Excepcionalmente podrá adquirir estos últimos para la ejecución de actividades de investigación, y con la previa autorización del comité directivo del convenio.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural formula las siguientes preguntas:

*1. ¿Es jurídicamente viable que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA transfiera a título gratuito u oneroso a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica) con fines de investigación, los sub-productos derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana, los cuales tiene en calidad de custodio del ICA y que son administrados por Corpoica conforme al Convenio de cooperación en ciencia y tecnología No. CN-44 de 2012?*

*2. ¿Con base en nuestro ordenamiento jurídico el Instituto Colombiano agropecuario ICA, puede transferir a título gratuito u oneroso a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica), los subproductos derivados de los bancos de Germoplasma animal, vegetal, y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana, con fines exclusivos para la investigación?*

*3. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a la propiedad privada que se pueda generar sobre los subproductos, derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la nación colombiana?*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para efectos de responder los diversos interrogantes planteados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, es importante inicialmente entrar a determinar algunos aspectos relacionados con los convenios de cooperación en ciencia y tecnología; la naturaleza jurídica y funciones del ICA y Corpoica frente a los recursos genéticos; la transferencia de bienes a título gratuito u oneroso por parte del Estado; el concepto de biodiversidad



o diversidad biológica; y los conceptos de recurso biológico, material genético, recurso genético y producto derivado.

### A. Los Convenios de Cooperación en Ciencia y Tecnología

La investigación científica y el desarrollo tecnológico constituyen herramientas fundamentales para el progreso económico y social de un país<sup>598</sup>. De allí que en el contexto colombiano, el fomento de estas actividades sea una responsabilidad a cargo del Estado<sup>599</sup>, la cual encuentra fundamento y justificación en varias normas constitucionales, tales como los artículos 65<sup>600</sup>, 67<sup>601</sup>, 69<sup>602</sup> y 71<sup>603</sup>.

Con el propósito de promover y ejecutar actividades de investigación y desarrollo tecnológico se promulgó la ley 29 de 1990 y el decreto 393 de 1991. La primera, impuso la obligación al Estado de incluir a la ciencia y la tecnología en los programas de desarrollo económico y social del país, formular planes a mediano y largo plazo sobre estas materias y “establecer mecanismos de relación entre sus actividades de desarrollo científico y tecnológico y las que, en los mismos campos, adelanten la universidad, la comunidad científica y el sector privado colombiano”<sup>604</sup>.

Por su parte, el decreto 393 de 1991 reconoció la posibilidad a la Nación y a las entidades descentralizadas de asociarse con los particulares a través de dos mecanismos: i) la creación y conformación de sociedades civiles y mercantiles o personas jurídicas sin ánimo de lucro tales como corporaciones y fundaciones; o ii) la realización de convenios de cooperación<sup>605</sup>. Estas formas asociativas pueden constituirse para la consecución de múltiples propósitos, entre los que se destacan la realización de proyectos de investigación científica, la creación, el fomento, desarrollo y financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de recursos naturales, y la organización de centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos e incubadoras de empre-

598 “En última instancia, las actividades de ciencia y tecnología de un país tienen como objetivos apalancar el crecimiento económico y lograr un mejor nivel de vida para su población”. Álvaro Zerda Sarmiento, *Ciencia y Tecnología en el Plan de Desarrollo*, Cuad. Econ. Vol. 22, No. 39, Julio-Diciembre, 2003, p. 224. Robert Watson, Michael Crawford y Sara Farley, *Strategic approaches to science and technology in development*, World Bank Policy Research Working Paper 3026, 2003, p. 1.

599 “La investigación científica y el desarrollo tecnológico hacen parte de la cultura y se han convertido por voluntad del Constituyente en una responsabilidad del Estado de amplio espectro, hasta el punto que debe asumírselos como un presupuesto básico de la educación y particularmente de la formación universitaria (C. P. arts. 69 y 70), e igualmente como instrumento del desarrollo económico y social y, específicamente del apoyo a la producción de alimentos, que goza de su especial protección (art. 65). Tanto es así, que en los planes respectivos tienen que incluirse recursos de inversión para el fomento de las actividades científicas (C. P. art. 71)”. Corte Constitucional. Sentencia C-316/95 del 19 de julio de 1995, exp: D-809.

600 “[d]e 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”.

601 “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

602 “El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas”.

603 “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”.

604 Artículo 1°. Igualmente, en el artículo 2°, señaló: “La acción del Estado en esta materia se dirigirá a crear condiciones favorables para la generación de conocimiento científico y tecnología nacionales; a estimular la capacidad innovadora del sector productivo; a orientar la importación selectiva de tecnología aplicable a la producción nacional; a fortalecer los servicios de apoyo a la investigación científica y al desarrollo tecnológico; a organizar un sistema nacional de información científica y tecnológica; a consolidar el sistema institucional respectivo y, en general, a dar incentivos a la creatividad, aprovechando sus producciones en el mejoramiento de la vida y la cultura del pueblo”.

605 Artículo 1°.

sas, entre otros<sup>606</sup>. Adicionalmente, de manera reciente, a través de la ley 1530 de 2012, se creó el fondo de ciencia, tecnología e innovación<sup>607</sup>.

De otra parte, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce a las entidades públicas la posibilidad de asociarse con el propósito de adelantar o llevar a cabo de manera conjunta, las funciones administrativas o la prestación de servicios que les corresponde. Esto a través de la celebración de convenios interadministrativos o la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro<sup>608</sup>.

Los convenios interadministrativos materializan el principio de coordinación o colaboración, incorporado expresamente en el artículo 6° de la ley 489 de 1998, y en virtud del cual, a las autoridades administrativas les corresponde garantizar el ejercicio armónico de las funciones que les son propias con el objetivo de alcanzar los fines y objetivos del Estado. En este sentido, la Sala ha señalado:

*“El principio de coordinación o colaboración está definido por el artículo 6° de la misma ley, como la necesidad de ejercer sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales; que aplicado a la institución de los contratos, significa que las partes se obligan a poner en ejecución todos los medios a los que se comprometen para obtener la realización del objeto del convenio. Implica que en el contrato regido por el principio de colaboración, no se da un verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo), sino que los contratantes realizan la finalidad propia de las entidades contratantes”<sup>609</sup>.*

En consideración a lo anterior, es posible entonces que las entidades públicas celebren convenios de cooperación entre ellas, o con los particulares. Un claro ejemplo de esta situación, son los Convenios de Cooperación en Ciencia y Tecnología No. CN-44 de 2012 y CN-004 de 2013 celebrados entre el ICA y Corpoica, a través de los cuales las dos entidades buscaron dar cumplimiento a las funciones y objetivos que en virtud de la ley y sus estatutos les corresponde.

## **B. Naturaleza jurídica y funciones del ICA y Corpoica frente a los recursos genéticos**

El Decreto 4765 de 2008 establece la naturaleza jurídica y las funciones del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA. En su artículo 2°, se otorga al Instituto la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Dentro de las funciones del ICA se destacan las siguientes:

*“4. Ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios, material genético animal y semillas para siembra, con el fin de prevenir ries-*

606 Artículo 2°.

607 Este fondo tiene como propósito “incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y de competitividad de las regiones, mediante proyectos que contribuyan a la producción, uso, integración y apropiación del conocimiento en el aparato productivo y en la sociedad en general, incluidos proyectos relacionados con biotecnología y tecnologías de la información y las comunicaciones, contribuyendo al progreso social, al dinamismo económico, al crecimiento sostenible y una mayor prosperidad para toda la población” (artículo 29).

608 Ley 489 de 1998, artículo 95.

609 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de abril de 2008, Rad. No. 1881.

gos que puedan afectar la sanidad agropecuaria y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria,...8. Procurar la preservación y el correcto aprovechamiento de los recursos genéticos vegetales y animales del país, en el marco de sus competencias...13. Propiciar los convenios de cooperación técnica nacional e internacional en las áreas de investigación y transferencia de tecnología y de protección a la producción agropecuaria” (artículo. 6).

Para el cumplimiento de estas funciones, el propio decreto autoriza al Instituto para ejecutar directamente las acciones necesarias, o adelantar estas a través de personas jurídicas oficiales o particulares por medio de la delegación o la celebración de contratos o convenios (artículo. 6 par. 1).

Por su parte, y de acuerdo con sus estatutos, la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica):

*“[e]s una entidad pública descentralizada indirecta, constituida como corporación de participación mixta, de carácter científico y técnico sin ánimo de lucro, cuyo objeto es desarrollar y ejecutar actividades de investigación y transferencia de tecnología agropecuaria y promover procesos de innovación tecnológica...” (Artículo 1º, Estatutos de Corpoica).*

Igualmente, el artículo 1º del Decreto 2478 de 1999 señala que Corpoica es una entidad vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Bajo estas consideraciones, y con fundamento además en lo señalado por la Ley 489 de 1998 y la sentencia de la Corte Constitucional C-230 de 1995, la Sala ha sostenido que Corpoica es una entidad descentralizada indirecta por servicios, de participación mixta y sometida al régimen de derecho privado<sup>610</sup>.

De otra parte, Corpoica tiene entre sus objetivos:

*“a) Trabajar en la generación del conocimiento científico y el desarrollo tecnológico agropecuario a través de la investigación científica, la adaptación de tecnologías, la transferencia y la asesoría con el fin de mejorar la competitividad de la producción, la equidad en la distribución de los beneficios de la tecnología, la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales, la capacidad científica y tecnológica del país y, en general, contribuir a elevar la calidad de vida de la población... y f) Promover formas organizacionales, crear empresas o asociarse con otras entidades públicas o privadas para el cumplimiento y desarrollo más eficiente de sus propósitos” (Estatutos de Corpoica, artículo 5º).*

<sup>610</sup> “Respecto de este tema la Corte Constitucional ha dicho: “Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del Código Civil y demás normas complementarias... Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquel al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos” [3]. (Destaca la Sala). Por el contenido de las normas analizadas y la jurisprudencia citada, la Sala considera que CORPOICA es una corporación de participación mixta, que se rige por las normas del derecho privado. La forma de su creación y la calidad de las personas que en ella intervinieron -públicas y particulares-, hacen de ella una entidad descentralizada indirecta por servicios”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de julio de 2001, Rad No. 1348.

### C. Tránsito de bienes a título gratuito u oneroso por parte del Estado

Es posible que las entidades públicas celebren contratos para realizar la transferencia a título oneroso de bienes muebles e inmuebles. Sin embargo, en el caso de una transferencia a título gratuito debe tomarse en consideración el artículo 355 de la Constitución Política, el cual dispone:

*“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 con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia”<sup>611</sup>.*

De la lectura del mencionado artículo, se desprende la prohibición constitucional de asignar recursos públicos, sean auxilios o donaciones, a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Esta prohibición recae sobre todos los órganos y entidades estatales, así como también sobre todo tipo de bien público<sup>612</sup>.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado que la restricción no es absoluta<sup>613</sup>. De ahí que sea posible la transferencia de recursos públicos de manera gratuita en los términos del inciso 2º del artículo 355, es decir, a través de la celebración de contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, y que están encaminados a la promoción de programas y actividades de interés público que estén conformes con el Plan Nacional y los Planes seccionales de Desarrollo<sup>614</sup>.

Adicionalmente, es necesario que los recursos que se buscan transferir de manera gratuita sean de naturaleza presupuestal, es decir, de carácter monetario<sup>615</sup>. Este requisito

611 Este artículo fue reglamentado por el Decreto 777 de 1992.

612 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 11 de diciembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00067-00(1977).E

613 Corte Constitucional. Sentencia C-507/08 del 21 de mayo de 2008, Exp. D-6987.

614 “Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de septiembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957).

615 “De los términos de la autorización, se destaca que está permitida la gratuidad en la transferencia de recursos públicos siempre que éstos sean presupuestales, es decir, monetarios; y que medie un contrato celebrado de conformidad con las exigencias de la Carta y de la reglamentación que para el efecto expida el gobierno nacional”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de septiembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957). Estos principios han sido también reconocidos por la doctrina Constitucional: “Recientemente la Corte Constitucional en la sentencia C-507 de 2008, mediante la cual se revisó la constitucionalidad de artículos 10, 27, 38 y 129 de la Ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, reiteró la jurisprudencia al respecto de la asignación de recursos en los términos del artículo 355 de la Carta, precisando que estos convenios para impulsar programas y actividades de interés público deben respetar cuatro principios constitucionales, posición jurisprudencial que concuerda plenamente con los diferentes conceptos expedidos por esta Sala. Dijo la Corte: En primer lugar, toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. En segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión. Adicionalmente, toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. Por último, debe respetar el principio de igualdad...De conformidad con lo anterior, es claro que la Carta de 1991, permitió continuar con la actividad de impulso o fomento atándola a la celebración de unos contratos los cuales tienen que cumplir con las condiciones o exigencias especiales descritas, todo de acuerdo con lo señalado directamente en la Constitución y en los decretos reglamentarios”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 25 de septiembre de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00049-00(1911).

encuentra justificación en el propio texto del inciso segundo del artículo 355, al señalar que “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”, y en el decreto 777 de 1992, específicamente sus artículos 7º y 14º, los cuales imponen como requisito anterior y posterior a la celebración del contrato, la existencia de disponibilidad y registro presupuestal<sup>616</sup>. Frente a este requisito la Sala ha señalado:

*“La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que solo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a estos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas. Para el nivel nacional dice el Decreto 111 de 1996”<sup>617</sup>.*

De otra parte, la restricción derivada del artículo 355 exige para su aplicación que la donación o auxilio se realice a “personas naturales o jurídicas de derecho privado”. Frente al entendimiento de esta expresión, la Corte Constitucional colombiana había señalado anteriormente que cuando el artículo se refería a “personales naturales o jurídicas de derecho privado” hacía referencia, no a la estructura de la persona jurídica en sí misma considerada, sino al régimen que le es aplicable<sup>618</sup>. No obstante, en la sentencia C-414/12, la Corte Constitucional señaló recientemente que cuando el artículo 355 de la C.P. habla de personas de derecho privado, significa que no es posible la entrega de auxilios a particulares<sup>619</sup>.

En consideración a lo anterior, se debe anotar que una transferencia a título gratuito entre el ICA y Corpoica no estaría cubierta por la prohibición de entregar auxilios o donaciones a entidades estatales o públicas sometidas al régimen de derecho privado, por cuanto Corpoica, si bien se rige por normas de derecho privado, es una entidad de derecho público.

616 “Entre las disposiciones del decreto 777, la Sala destaca las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisitos previo y posterior a la celebración del respectivo contrato, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto éste circunscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de septiembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957).

617 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de septiembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957).

618 Corte Constitucional. Sentencia C-372/94 del 25 de agosto de 1994 exp: D-520. En consecuencia, y bajo esta interpretación, esta Sala sostuvo en interpretaciones anteriores que la prohibición establecida en el artículo 355 no se extendía únicamente a particulares. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 11 de diciembre de 2009, Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00067-00(1977); Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de febrero de 2001, Rad. No. 1330.

619 “Es necesario indicar, inicialmente, que el primer inciso del artículo 355 de la Constitución establece la prohibición de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. La Corte entiende que la referencia a “personas de derecho privado” implica que no se pueden otorgar los auxilios a los particulares. No comprende la prohibición, en consecuencia, el otorgamiento de auxilios o donaciones –si pudiera contemplarse esa hipótesis– a entidades estatales o públicas sometidas al régimen de derecho privado. Ello es así considerando que tal tipo de asociaciones deben constituirse para el desarrollo de funciones públicas”. Corte Constitucional. Sentencia C-414/12 del 6 de junio de 2012, exp: D-8813.

## D. Sobre el concepto de biodiversidad o diversidad biológica

La biodiversidad o diversidad biológica ha sido definida como: “*la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*”<sup>620</sup>. Hacen parte de ella, no solo los animales, las plantas, y los microorganismos, sino también los genes que estos contienen y los ecosistemas a los que pertenecen. En este contexto se habla de diversidad genética, de especies y de ecosistemas<sup>621</sup>.

La biodiversidad, a la cual se le ha reconocido un valor científico, político, cultural y ético<sup>622</sup>, tiene un papel trascendental en la producción agrícola, la seguridad alimentaria, la conservación del medio ambiente y la obtención de medicamentos e insumos para el desarrollo de actividades económicas. Igualmente, la biodiversidad permite al hombre disfrutar de los llamados beneficios ecosistémicos, tales como: i) la purificación del aire y el agua, ii) el control de las sequías e inundaciones, iii) la generación y preservación de los suelos, iv) la restitución de la fertilidad de estos, v) la detoxificación y descomposición de los desechos, vi) la polinización de cultivos y la vegetación natural, vii) el desarrollo de ciclos y el movimiento de los nutrientes, viii) el control de plagas agrícolas, ix) la protección contra los rayos ultravioleta, y x) la estabilización del clima, entre otros<sup>623</sup>. Finalmente, la biodiversidad cumple también un papel científico pues a través de ella la ciencia puede entender el funcionamiento de la vida y el papel que cada especie tiene dentro de un ecosistema<sup>624</sup>.

A pesar de la importancia que tiene la biodiversidad, existen graves peligros que han llevado a una pérdida o disminución importante de esta. Entre estas amenazas se advierte la deforestación o destrucción de hábitats naturales para dar paso a cultivos o la construcción y desarrollo de ciudades o proyectos de infraestructura, la contaminación de los recursos hídricos, el calentamiento global y la recolección insostenible de plantas y animales<sup>625</sup>.

620 Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 2º. “Cualquiera que sea la interpretación que se le dé al término “biodiversidad”, puede decirse que ella incluye necesariamente la de variedad y multiplicidad de organismos vivos, ya sea de genes, de especies o de ecosistemas dentro de un marco territorial determinado”. Corte Constitucional. Sentencia C-519/94 del 16 de noviembre de 1995, exp: R.E 068.

621 Miguel Lizana y Jose Luis Viejo, La diversidad animal de España, en Documentación Administrativa, No. 278-279, Mayo – Diciembre, INAP, 2007, p. 40.

622 “[L]os recursos genéticos forman parte del tema de la biodiversidad, que tiene varias implicaciones, entre ellas una científica, por los desarrollos biotecnológicos que pueden hacerse y su aplicación en los sectores alimenticio y farmacéutico; una política, por el poder que da a los países que la poseen frente a los que carecen de ella y la necesitan para mantener su desarrollo; una cultural, por su importancia para el próximo milenio, que afrontará los efectos del grave deterioro ambiental, con mayor fuerza en países desarrollados; y, naturalmente éticas, por el impacto tan profundo de la ciencia y la tecnología sobre la sociedad moderna que ha conmovido los cimientos de nuestros mitos, creencias religiosas y otros conocimientos tradicionales de nuestra especie”. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de agosto de 1997, Rad. No: 977. En este mismo sentido véase a Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecociencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, pp. 23-26.

623 Mario Lobo A., Importancia de los recursos genéticos de la agrobiodiversidad en el desarrollo de sistemas de producción sostenibles, Revista Corpoica – Ciencia y Tecnología Agropecuaria, Vol. 9, No. 2, Julio-Diciembre, 2008, pp. 20-21. Eugenio Figueroa B., Yael Baytelman F, y Setijati D. Sastraprajda, Biodiversidad y comercio: El desafío de crecer irresponsablemente o desarrollarse sustentablemente, en Globalización y biodiversidad: oportunidades y desafíos para la sociedad chilena, Eugenio Figueroa B y Javier A. Simonetti (editores), Editorial Universitaria S.A., 2003, p. 244.

624 Miguel Lizana Avía, Fauna y conservación de la naturaleza en España: una visión histórica, en *Uso eficiente y sostenible de los recursos naturales*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 74-75.

625 Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecociencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, pp. 32-34. Enfoque estratégico para integrar la biodiversidad en la cooperación para el desarrollo. Comisión Europea, UICN, 2001, pp. 12-18.

En el caso particular de Colombia, el país es calificado como megadiverso<sup>626</sup>. Cuenta con 311 tipos de ecosistemas continentales y costeros, 32 especies de mamíferos, 400 de anfibios, y 66 de aves. Igualmente, una tercera parte de especies de plantas existen de manera exclusiva en el país<sup>627</sup>.

En este contexto, encuentran plena justificación y vigencia distintos apartados de la constitución colombiana encaminados a la preservación y conservación de la biodiversidad nacional. En esta dirección, la Constitución impone a las autoridades públicas y los particulares la obligación de proteger la riqueza cultural y natural de la Nación (artículo 8), asigna al Estado el deber de “proteger la diversidad e integridad del ambiente” (artículo 79), y le otorga la facultad de regular, no solo el ingreso y salida del país de los recursos genéticos, sino también su utilización en concordancia con el interés nacional (artículo 81). Igualmente, el Estado tiene la obligación de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental” (artículo 80) y salvaguardar de manera especial la producción de alimentos, lo que conlleva reconocer un carácter prioritario al desarrollo de actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales. Adicionalmente, es deber del Estado promover “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 65).

En cumplimiento de estos mandatos constitucionales, el Estado ha buscado desarrollar políticas encaminadas a la conservación y aprovechamiento de la diversidad biológica nacional, como puede advertirse en los Documentos Conpes 3697 del 14 de junio de 2011, el cual fija la política para el desarrollo comercial de la biotecnología a partir del uso sostenible de la biodiversidad, y 3533 del 14 de julio de 2008, que establece las bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional 2008-2010. Igualmente, debe resaltarse la formulación de una política nacional para la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos (PNGIBSE) liderada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible<sup>628</sup>.

Así mismo, la regulación y la protección de la biodiversidad en el marco colombiano se fundamentan en dos importantes instrumentos internacionales que se encuentran actualmente vigentes y de los cuales Colombia hace parte. Estos son, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, instrumentos que promueven las relaciones internacionales ecológicas (art. 226) y materializan los mandatos constitucionales establecidos para la conservación y protección del medio ambiente<sup>629</sup>.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica es un tratado internacional celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992 y cuya vigencia inició el 29 de di-

626 Russell A. Mittermeier y William R. Konstant, Biodiversity conservation. Global priorities, trends, and the outlook for the future, en *Footprints in the jungle: natural resource industries, infrastructure, and biodiversity conservation*, Glenn T. Prickett, Ian A. Bowles (editores), Oxford University Press, 2001, p. 22.

627 Política Nacional para la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos. República de Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, pp. 29-30.

628 Política Nacional para la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos. República de Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, pp. 29-30.

629 Corte Constitucional. Sentencia C-519/94 del 16 de noviembre de 1995, exp: R. E. 068.

ciembre de 1993. Este instrumento internacional fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 165 de 1994, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-519 de ese mismo año. El Convenio persigue tres propósitos u objetivos fundamentales:

*“la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada” (artículo 1º).*

Estos objetivos buscan no solo la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos, sino también el bienestar de aquellos que habitan en zonas con una amplia diversidad biológica<sup>630</sup>.

Por su parte, la biodiversidad se encuentra también regulada por la decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, la cual tiene aplicación directa y es de obligatorio cumplimiento en el territorio colombiano<sup>631</sup>. Esta decisión comparte los mismos objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>632</sup>.

A estos instrumentos internacionales, debe sumarse además el “Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica” el cual busca desarrollar el tercer objetivo establecido en el Convenio.

Debe destacarse que el Protocolo de Nagoya no ha sido ratificado aun por Colombia y tampoco se encuentra vigente, en razón, a que no cuenta con el número de ratificaciones requeridas para ello. En consecuencia, la Sala recurre a él, únicamente y para efectos de este concepto, como mecanismo auxiliar y de interpretación, y no como instrumento jurídicamente vinculante u obligatorio para el país.

### **E. Sobre el concepto de recurso biológico, material genético, recurso genético y producto derivado**

También para efectos de dar respuesta a la consulta elevada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, es necesario considerar los siguientes conceptos: 1) recurso biológico, 2) material genético, 3) recurso genético y 4) producto derivado; los cuales han

630 Access and benefit Sharing, Swiss Academy of Sciences, 2nd. edition, 2009, p. 4.

631 “El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, y, como tal, de aplicación obligatoria por los órganos del Acuerdo, por todos los Países Miembros comprometidos con ese régimen, por los funcionarios que en éstos ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, y aun para los particulares”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial del 16 de junio de 1999, Exp: 30-IP-98. Véase también “Protocolo modificatorio del tratado de creación del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena”, artículo. 2º.

632 “La presente Decisión tiene por objeto regular el acceso a los recursos genéticos de los Países Miembros y sus productos derivados, a fin de: a) Prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso; b) Sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas, afroamericanas o locales; c) Promover la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contiene recursos genéticos; d) Promover la consolidación y desarrollo de las capacidades científicas, tecnológicas y técnicas a nivel local, nacional y subregional; y, e) Fortalecer la capacidad negociadora de los Países Miembros”. Artículo 2º.



sido definidos por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la decisión 391 de la Comunidad Andina y el Protocolo de Nagoya. Por recurso biológico, el Convenio sobre la Diversidad Biológica entiende:

*“los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad”* (artículo 2º).

En forma similar, lo concibe la decisión 391 de la Comunidad Andina al señalar en su artículo 1º que un recurso biológico consiste en:

*“individuos, organismos o partes de estos, poblaciones o cualquier componente biótico de valor o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético o sus productos derivados”*.

En el caso del material genético, el Convenio sobre la Diversidad Biológica lo define bajo los siguientes términos:

*“todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”* (artículo 2º).

En la decisión 391 de la Comunidad Andina este concepto no se encuentra precisado.

Por su parte, el Convenio sobre Diversidad Biológica concibe el recurso genético como: *“el material genético de valor real o potencial”* (artículo 2º).

En términos muy similares se pronuncia la decisión 391 de la Comunidad Andina, al señalar que este consiste en:

*“todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”* (artículo 1º).

El concepto de recurso genético puede ser concebido desde una perspectiva orgánica y funcional. Desde el punto de vista de la primera, el recurso genético puede entenderse como el material de origen vegetal, animal microbiano o de otro tipo que tiene unidades funcionales de la herencia de valor real o potencial y que se encuentra contenido en el recurso biológico<sup>633</sup>.

La característica de que el recurso genético se encuentra contenido en el recurso biológico, fue resaltada por el grupo de expertos jurídicos y técnicos sobre conceptos, términos

<sup>633</sup> En esta dirección, la doctrina lo ha definido como “el material genético (los genes) contenido en determinada planta, animal, hongo o microorganismo y que tiene actual o potencialmente algún valor o uso”. Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecociencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 22. Véase también: “Por lo tanto, los recursos genéticos son cualquier material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia que poseen un valor real o potencial. Ellos son las partes de los recursos biológicos necesarios o utilizados por su material genético y no por sus otros atributos (Glowka et al., 1994, p. 76). Ellos no son mercancías o bienes de objeto comercial”. Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 107.

y expresiones, definiciones funcionales y enfoques sectoriales constituido por mandato de la Conferencia de Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>634</sup>, al señalar que los recursos genéticos hacen parte de los recursos biológicos, y por tanto están integrados con estos<sup>635</sup>. En este mismo sentido, tuvo la oportunidad de pronunciarse la Sala de Consulta y Servicio Civil, indicando que:

*“los recursos genéticos se encuentran en los recursos biológicos y, por tanto, forman parte de estos, junto con los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad”*<sup>636</sup>.

Por su parte, la visión funcional del recurso genético considera que este no consiste simplemente en la información biológica codificada en las especies (ni el material celular específico que contiene la información), sino que a esta debe unirse una utilización o uso encaminado a tomar ventaja del valor real o potencial de las unidades funcionales de la herencia<sup>637</sup>.

Precisamente, bajo este contexto, el grupo de expertos jurídicos y técnicos sobre conceptos, términos y expresiones, definiciones funcionales y enfoques sectoriales constituido por mandato de la Conferencia de Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, señaló que para diferenciar entre un recurso genético y un recurso biológico debe tomarse en consideración la utilización que se quiera dar al material genético, pues es a través del uso particular o específico sobre el material cómo es posible apropiarse o tomar ventaja de su valor real o potencial<sup>638</sup>. En consecuencia, la distinción entre recurso biológico y genético se basa en un criterio utilitarista o funcional<sup>639</sup>.

634 Decisión adoptada por la conferencia de las partes en el convenio sobre la diversidad biológica en su novena reunión, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/12.

635 “The experts observed that according to these definitions genetic resources are a subset of biological resources. As such, biological resources could contain a genetic resource”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Los expertos observaron que conforme a esas definiciones los recursos genéticos son un subconjunto de los recursos biológicos. Como tales, en los recursos biológicos pudiera incluirse un recurso genético]. Traducción oficial.

636 Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de agosto de 1997, Rad. No: 977.

637 “Only the manner in which a resource is used can provide the external means for determining whether that resource is a “genetic resource” or other biological material.254... – genetic resources are not simply the biologically encoded information in species (nor the specific cellular material containing that information), but they are tied to utilization – realization of the value of the functional units of heredity of that material”. Tvedt, Morten Walløe and Tomme Young, Beyond access: exploring implementation of the fair and equitable sharing commitment in the CBD. IUCN, Gland, Switzerland, 2007, p. 59. [“Solamente la manera en la cual el recurso es usado puede proveer los medios externos para determinar si el recurso es un “recurso genético” u otro material biológico... – recursos genéticos no son simplemente la información biológica codificada en las especies (ni el material celular específico que contiene esa información), sino que ellos están unidos a la utilización-realización del valor de las unidades funcionales de herencia del material”]. Traducción libre de la Sala.

638 “11. Greater clarity could be premised on the use of genetic resources since it is their use that connoted actual or potential value of the genetic material from which benefits could be ultimately derived, and –the utilisation of genetic resources is specifically referenced in the third objective of the Convention. Genetic resources are defined as –genetic material of actual or potential value. Actual or potential use of genetic material indicates an attribution of value”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [“11. Pudiera considerarse como premisa una mayor claridad respecto a la utilización de los recursos genéticos puesto que su uso es el que lleva consigo el valor actual o potencial del material genético, del cual se derivan en último término los beneficios, y en el tercer objetivo del Convenio se hace específicamente referencia a “la utilización de los recursos genéticos”]. Traducción oficial.

639 “Lo que la definición de “recurso genético” quiere destacar y en ello radica la diferencia con los “recursos biológicos”, es que los recursos genéticos son aquellos que se usan o aprovechan en función a sus características y propiedades genéticas, potencial o realmente útiles – en términos estrictamente antropocéntricos (utilitaristas) y no por su valor ambiental o en términos de evolución. Por ejemplo, se dirige a destacar una semilla en tanto tiene un uso o aplicación reproductiva que beneficie directa o indirectamente al ser humano; o un gen aislado determinado, en tanto permite un uso o aplicación comercial o industrial de este gen, o un conjunto de genes, en cuanto a sus funciones de codificación de determinadas proteínas, entre otros”. Manuel Ruiz Müller, Guía explicativa de la decisión 391 y una propuesta alternativa para regular el acceso a los recursos genéticos en la sub-región andina, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 2008, p. 42.

Por lo tanto, se habla entonces de “recurso genético” cuando se utiliza el material genético con el propósito de obtener su valor real o potencial, esto es, con el objetivo de aprovechar o tomar ventaja de las unidades funcionales de la herencia contenidas en él<sup>640</sup>. Consecuentemente, no se estaría hablando de recurso genético en los casos donde se persigue hacer uso del recurso biológico que contiene el material genético con propósitos tales como mercadería, comida o material de construcción, entre otros<sup>641</sup>. De allí que se haya afirmado que un recurso genético consiste en un recurso biológico requerido o usado en virtud de su material genético, y no en razón de sus otros atributos<sup>642</sup>, es decir, es un recurso biológico que se usa o aprovecha como consecuencia de sus propiedades o características genéticas<sup>643</sup>. Bajo este contexto, se ha señalado por la doctrina que:

*“La clave para distinguir entre un recurso genético y un recurso biológico está en el uso o no de la información genética allí contenida; para ilustrarla se citan a continuación algunos ejemplos: La tagua o marfil vegetal (*Phytelephas aequatorialis*) es una palma endémica del Ecuador (es decir, no crece naturalmente en ninguna otra parte del mundo). Cuando se usan las semillas de esta especie para diseñar botones y adornos, hablamos de un recurso biológico; pero, si se aísla y usa una secuencia del ADN que codifica para una molécula o un principio activo a partir de la semilla u otra estructura de dicha palma, entonces hablamos de un recurso genético. Si las bayas del tomatillo silvestre de las Islas Galápagos (*Lycopersicon cheesmanii*) se usan como fruto para ser aprovechadas como alimento, se trata de un recurso biológico. Pero si a esta especie se la cruza con otras para mejorar genéticamente las variedades comerciales, entonces se trata de un recurso genético. En el caso del látex de la sangre de drago (*Croton spp.*), si se usa directamente*

640 “The legal concept ‘genetic resources’ according to the CBD could therefore be understood as including all activities that result in capturing the ‘actual or potential value’ of genetic material by taking advantage of the ‘functional units of heredity’”. Morten Walløe Tvedt, Sipke Joost Hiemstra, Adam G. Drucker, Niels Louwaars and Kor Oldenbroek, Legal aspects of exchange, use and conservation of farm animal genetic resources, Fridtjof Nansens Institute, 2007, p. 6. [“El concepto jurídico de ‘recursos genéticos’ de acuerdo a la CBD puede por lo tanto entenderse que incluye todas las actividades que resultan al capturar el ‘valor real o potencial’ del material genético por medio del aprovechamiento de las ‘unidades funcionales de la herencia’]. Traducción libre de la Sala. “The definition of genetic resources emphasizes ‘value’ – either actual or potential – that is inherent in the genetic material. This value must tie to the inherited characteristics and genetic components of the species. These terms were added into the Convention for the purpose of recognizing this value, as new technologies continue to make that value real rather than theoretical... Thus, the definition of genetic resources appears to target a new value – the value that arises when material of biological origin is used in a way that takes advantage of the functional units of heredity”. Tvedt, Morten Walløe and Tomme Young, Beyond access: exploring implementation of the fair and equitable sharing commitment in the CBD. IUCN, Gland, Switzerland, 2007, p. 55. [“La definición de recursos genéticos enfatiza el ‘valor’ –ya sea actual o potencial– que es heredado en el material genético. Este valor debe atarse a las características heredadas y a los componentes genéticos de las especies. Estos términos fueron agregados a la Convención con el propósito de reconocer este valor, ya que las nuevas tecnologías continúan haciendo que ese valor sea real en lugar de teórico... Por lo tanto, la definición de recursos genéticos parece apuntar a un nuevo valor –el valor que se desprende cuando material de origen biológico es usado de una forma que toma ventaja de las unidades funcionales de la herencia–]. Traducción libre de la Sala.

641 “The concept of actual or potential value is equally important in determining the intended scope of ‘genetic resources’. .... The logic behind targeting Article 15 at a narrow category – genetic resources – rather than all biological resources, is clarified by this concept. It suggests that ABS applies only when the resource involved is perceived to be valuable as a consequence of its genetic characteristics – i.e., not when biological material is used for bulk purposes, such as food, construction materials, etc”. Tvedt, Morten Walløe and Tomme Young, Beyond access: exploring implementation of the fair and equitable sharing commitment in the CBD. IUCN, Gland, Switzerland, 2007, p. 55. [“El concepto de valor real o potencial es igualmente importante al determinar el ámbito pretendido de ‘recursos genéticos’... La lógica detrás de ubicar el artículo 15 en una categoría reducida –recursos genéticos– en lugar de todos los recursos biológicos, es clarificada por este concepto. Esta sugiere que ABS solamente aplica cuando el recurso involucrado es percibido como valioso como consecuencia de sus características genéticas –i.e., no cuando el material biológico es usado con propósitos masivos, tales como comida, materiales de construcción, etc.–]. Traducción libre de la Sala.

642 “Finalmente, es importante señalar que en el contexto del CDB, los recursos genéticos son recursos biológicos necesarios o utilizados por su material genético y no por sus otros atributos. Esto significa que, por ejemplo, el acceso a un bosque para la extracción ‘convencional’ de la madera o de la caza no estaría cubierto por el concepto de ABS del CDB. Por otra parte, si se tratara de la intención de utilizar el material genético de esa madera o de la presa, las obligaciones de ABS entrarían en juego”. Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 7.

643 Manuel Ruiz Müller, Guía explicativa de la decisión 391 y una propuesta alternativa para regular el acceso a los recursos genéticos en la sub-región andina, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 2008, p. 42.

*para curar heridas se trata de un material en la categoría de recurso biológico, pero si se trabaja a nivel molecular para separar un principio activo cicatrizante, entonces se trata de un recurso genético*<sup>644</sup>.

Siguiendo el mismo paradigma de que es el uso o la utilización del material genético contenido en el recurso biológico, la clave para identificar el recurso genético, el grupo de expertos jurídicos y técnicos sobre conceptos, términos y expresiones, definiciones funcionales y enfoques sectoriales conformado en el marco de la Conferencia de Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, definió un listado no taxativo de usos que constituyen un aprovechamiento del material genético, y que por tanto, permiten comprender cuando se está en presencia de un recurso genético<sup>645</sup>. Estos usos fueron los siguientes: i) modificación genética<sup>646</sup>, ii) biosíntesis<sup>647</sup>, iii) reproducción y selección<sup>648</sup>, iv) propagación

644 Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecociencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 22. Piénsese igualmente en el caso de una papa. A “esta se la puede utilizar como alimento, en cuyo caso el dueño la vende, regala o simplemente se la come, pues este recurso biológico le pertenece y está regido por las leyes de propiedad privada. Sin embargo, si se quiere acceder a la información genética contenida en la papa para realizar mejoramiento genético o desarrollar nuevas variedades o productos basados en dicha información, el régimen aplicable en los países miembros de la CAN es la Decisión 391 y la solicitud deberá hacerla a la autoridad nacional encargada de administrar los recursos genéticos”. Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecociencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 52. Véase también Sergio Aguiñada, Claudia Ortiz, y Jorge Cabrera Medaglia. Acceso a recursos genéticos y participación en los Beneficios, Fundación Nacional para el Desarrollo, 2009, p. 18; Ivette Seguel, Bancos de germoplasma nativo, en Biodiversidad de Chile, patrimonio y desafíos, 2ª. edición, Comisión Nacional del Medio Ambiente, 2008, p. 572.

645 “The categories of activities listed below use genetic material and thereby could provide further clarification to the understanding of the definition of “genetic resource” as used in the Convention on Biological Diversity. 13. Following lengthy discussions regarding possible uses of genetic resources and on whether the activities listed below all constitute typical uses of genetic resources, participants agreed that the list below is not exhaustive”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Las categorías de actividades enumeradas en lo que sigue corresponden a la utilización de material genético y, por consiguiente, pudieran esclarecer aún más la definición de “recursos genéticos” en la forma empleada en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. 13. Después de prolongados debates relativos a los usos posibles de los recursos genéticos y acerca de si las actividades enumeradas a continuación constituirían todas ellas usos ordinarios de los recursos genéticos, los participantes estaban de acuerdo en que la lista no era exhaustiva]. Traducción oficial.

646 “Development of new variations within non-human species (micro-organism, plant, animal, and other organisms) through genetic modification techniques such as: • Transfer of a genetic trait, such as a gene for pesticide resistance taken out of one species and put into another • Genetic modification of a micro-organism for a specific purpose such as the production of enzymes or biofuels • Production of recombinant cell lines or attenuated vaccine strains • Production of transgenic organisms, animals, plants, microorganisms • Use of in vitro nucleic acid techniques, including recombinant deoxyribonucleic acid (DNA); and direct injection of nucleic acid into cells or organelles • Use of fusion of cells beyond the taxonomic family” Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Desarrollo de nuevas variedades en el ámbito de las especies no humanas (microorganismos, plantas, animales y otros organismos) mediante técnicas de modificación genética tales como: • transferencia de un rasgo genético tal como un gene para resistencia a plaguicidas extraído de una especie e incorporado a otra • modificación genética de un microorganismo para un fin específico tal como el de la producción de enzimas o biocombustibles • producción de líneas de células o rasgos de vacunas atenuadas recombinadas • producción de organismos, animales, plantas, microorganismos transgénicos • uso de técnicas de ácido nucleico in vitro, incluidos el ácido deoxirribonucleico recombinante (DNA); y la inyección directa de ácido nucleico a células u orgánulos • uso de la fusión de células fuera de la familia taxonómica]. Traducción oficial. •

647 “Use of genetic material as a “factory” to produce organic compounds, such as: • Antibodies • Vitamins • Hormones • Enzymes • Active compounds for pharmaceutical production • Other naturally occurring compounds”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Uso de material genético como “fábrica” para producir compuestos orgánicos, tales como: • anticuerpos • vitaminas • hormonas • enzimas • compuestos activos para producción farmacéutica • otros compuestos naturalmente presentes]. Traducción oficial.

648 “Creating new varieties, breeds, or strains of non-human species with particular characteristics through sexual or asexual reproduction such as: • Plant breeding (e.g. crossing, artificial mutations, haploid production, hybrids) • Breeding of animals (e.g. crossing, artificial insemination, cloning) • Selection of microorganisms or algae with specific traits • Domestication of plants and animals from wild species”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Creando nuevas variedades, crías, o rasgos de especies no humanas con características particulares mediante reproducción sexual o asexual tal como: • cría de especies vegetales (p. ej. cruces, mutaciones artificiales, producción de haploides, híbridos) • cría de animales (p. ej. cruces, inseminación artificial, clonación) • selección de microorganismos o algas con rasgos específicos • domesticación de plantas y animales a partir de especies silvestres]. Traducción oficial.

en cultivo<sup>649</sup>, v) conservación<sup>650</sup>, vi) caracterización y evaluación<sup>651</sup>, y vii) producción de compuestos naturalmente presentes en material genético<sup>652</sup>.

En consecuencia, si sobre un material de origen vegetal, animal, microbiano o de cualquier otro tipo que tenga unidades funcionales de la herencia, se busca ejecutar cualquiera de las actividades mencionadas se entenderá que este constituye un recurso genético y no biológico.

Igualmente, en la determinación de los usos que se consideran involucran un aprovechamiento del material genético presente en un organismo animal, vegetal o microbiano, debe señalarse también la definición que trae el Protocolo de Nagoya, el cual define la expresión “utilización de recursos genéticos”, como:

*“la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio”.*

Como puede observarse, el Protocolo de Nagoya no establece un listado de usos particulares sobre un recurso genético. Se consideró que la definición de utilización era lo suficientemente amplia para albergar o incluir todos los usos posibles, para de esta manera, permitir la aplicación de futuras tecnologías<sup>653</sup>. Bajo este contexto entonces, se estará en presencia de un recurso genético cuando se pretenden adelantar actividades de investigación y desarrollo sobre el material genético, incluyendo la aplicación de biotecnología.

649 “Production of non-human organisms through sexual and asexual reproduction for purposes such as: • Cultivation of microorganisms or plants • Propagation of animals • Production of plant, animal and microbial products”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Producción de organismos no humanos mediante reproducción sexual y asexual para fines tales como: • cultivo de microorganismos o plantas • propagación de animales • producción de plantas, animales y productos microbianos]. Traducción oficial.

650 Preservation of non-human organisms for conservation of genetic diversity, genetic resources or reintroduction purposes through activities such as: • Captive breeding programmes, • Deposition in seedbanks, genebanks, culture collections, botanical gardens, zoos, and aquaria, etc”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Preservar organismos no humanos para fines de conservación de la diversidad genética, recursos genéticos o nueva introducción mediante actividades tales como: • programas de cría en cautividad • deposición en bancos de semillas, bancos de genes, colecciones de cultivos, jardines botánicos, parques zoológicos y acuarios, etc.]. En el caso de la conservación, el depósito de material genético constituye un mecanismo de preservar el valor potencial del valor genético. Peter Johan Schei y Morten Walløe Tvedt, Genetic resources in the CBD. The wording, the past, the present and the future. Fridtjof Nansens Institute, 2010, p. 19.

651 “• Sequencing genes or genomes (e. g. identification of genes coding for useful traits; molecular systematics for understanding evolutionary relations; genotyping of micro-organisms, plants and animals for identification and subsequent purposes; DNA barcoding of plants, animals and fungi for identification; environmental genomics) • Phenotyping of the characteristics of plants, animals and micro-organisms for ecological and other studies and purposes • Experimental evaluation of heritable characteristics • Creation of collections of reference specimens in repositories such as museums and herbaria • Isolation of a compound from genetic material for the purpose of characterization and evaluation”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [Secuencias de genes o genomas (p.ej. identificación y codificación de genes para rasgos útiles; sistemática molecular para la comprensión de relaciones evolutivas; genotipos de microorganismos, plantas y animales para fines de identificación y otros subsiguientes; codificación de barras para DNA de plantas, animales y fungus para identificación; genómica ambiental) • Fenotipos de las características de plantas, animales y microorganismos para fines ecológicos y para otros estudios • evaluación experimental de características heredadas • creación de colecciones de especímenes de referencia en depósitos tales como museos y herbarios • aislamiento de un compuesto a partir de material genético para fines de caracterización y evaluación].

652 “• Screening and extraction of metabolites from genetic material • Chemical synthesis of metabolites occurring in genetic material • Synthesis of short DNA segments based on genetic material (e.g. oligonucleotides, probes and primers) • Production of copies of DNA segments through PCR (polymerase chain reaction amplification)”. Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 december, 2008. [• selección y extracción de metabolitos a partir de material genético • síntesis química de metabolitos presentes en material genético • síntesis de segmentos de DNA abreviados basados en material genético (p.ej. oligonucleótidos, sondas y cebos) • producción de ejemplares de segmentos de DNA mediante PCR (amplificación de la reacción en cadena de polimerasa).]

653 Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 70.

La identificación de cuando se está en presencia de un recurso genético y su diferenciación frente a un recurso biológico, es de relevancia en la determinación de dos aspectos fundamentales. El primero, hace referencia a la aplicación del régimen de propiedad aplicable. En efecto, el Convenio sobre la diversidad biológica reconoce en su artículo 15 la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y la potestad de estos para regular el acceso a sus recursos genéticos. Por su parte, el artículo 6° de la decisión 391 de la Comunidad Andina señala expresamente que:

*“Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los Países Miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas”.*

Adicionalmente, el mismo artículo califica a los recursos genéticos como inalienables, imprescriptibles e inembargables “sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado”.

En consecuencia, es posible afirmar entonces que la propiedad sobre un recurso genético y su producto derivado recae exclusivamente en cabeza de la Nación. Mientras que la propiedad sobre un recurso biológico, en el cual está contenido el recurso genético, puede ser de naturaleza pública o privada. Así ha sido sostenido por esta Sala, la cual en un pronunciamiento anterior indicó: “...*Los recursos genéticos se encuentran en los recursos biológicos y estos o el predio que los contiene pueden ser de propiedad pública o privada*”<sup>654</sup>.

Debe señalarse que la regulación de los recursos genéticos encuentra sustento en el deber que la propia Constitución le ha impuesto al Estado de protegerlos. En efecto, el artículo 81 de la Constitución otorga expresamente al Estado la facultad de regular el ingreso, salida y utilización de los recursos genéticos de acuerdo al interés nacional. Adicionalmente, el artículo 8° indica expresamente que “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. De allí que la Corte Constitucional haya señalado:

*“el mandato constitucional en materia de protección ambiental, que recae sobre los poderes públicos les impide despojarse de sus atribuciones de control y vigilancia en materia de recursos naturales, dentro de los que se encuentran los recursos biológicos y genéticos... en el caso específico del manejo de recursos genéticos y de la experimentación tecnológica sobre recursos vivos (biotecnología), el Estado colombiano se halla frente al deber constitucional irrenunciable de intervenir, tanto para proteger los recursos biológicos (C. P. artículos 8°, 79 y 80) como para garantizar que el manejo de recursos genéticos se adecue al interés nacional (C. P., artículo 81). Se trata, en suma, de proteger la diversidad biológica como patrimonio de todos los colombianos (C. P., artículo 79), la salud de los habitantes (C. P., artículo 49), la diversidad cultural (C. P., artículos 7° y 70) y la producción de alimentos (C. P., artículo 65), bienes constitucionalmente tutelados que pueden verse seriamente afectados*

654 Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de agosto de 1997, Rad. No. 977.

*a raíz de la utilización indebida de los recursos genéticos o de la experimentación inadecuada en la órbita de la biotecnología*<sup>655</sup>.

Bajo este contexto, el recurso genético, y sus productos derivados, se ubican entonces dentro de lo que esta Sala ha calificado anteriormente como bienes especialmente protegidos, para referirse a aquellos bienes que no se encuentran en el comercio y tienen los atributos de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles<sup>656</sup>.

La determinación de cuándo se está en presencia de un recurso genético o uno biológico, es también relevante para definir la aplicación de las obligaciones derivadas del artículo 15 del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>657</sup>, el artículo 6° del Protocolo de Nagoya<sup>658</sup> y artículos 16 y siguientes de la decisión 391, como son la obtención del consentimiento previo y la celebración de un contrato para utilizar y acceder a un recurso genético<sup>659</sup>, requisitos que para la Sala encuentran justificación en el hecho de que los recursos genéticos están bajo la soberanía de la Nación.

En lo referente al concepto de producto derivado, este no se encuentra definido por el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Sin embargo, si aparece en el Protocolo de Nagoya, el cual lo concibe como:

*“un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia”.*

En el caso de la decisión 391 de la Comunidad Andina, se entiende el producto derivado bajo los siguientes términos:

655 Corte Constitucional. Sentencia C-137/96 del 9 de abril de 1996, exp. LAT-052.

656 “Las normas transcritas indican que la división clásica entre bienes fiscales y de uso público ya no es suficiente para interpretar la totalidad de los bienes públicos considerados por la Carta, pues se regulan además los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación, los que no encajan cabalmente dentro de ninguna de aquellas clasificaciones. En criterio de la Sala una clasificación sencilla que pudiera abarcar el conjunto de estos bienes, debe estar centrada en la presencia o no de la posibilidad de disposición de los mismos, de manera que uno de los grupos está conformado por aquellos bienes cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades dueñas, y el otro grupo o categoría está conformada por todos aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. Estas categorías pueden denominarse, como lo ha hecho otras veces la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, bienes patrimoniales o bienes fiscales, e incluso, retomando la vieja locución del Código Fiscal, bienes de la hacienda pública para los primeros y bienes no patrimoniales o especialmente protegidos para los segundos. Esta última expresión busca cobijar bajo una misma categoría, a más de los llamados bienes de uso público, todos aquellos que gozan del mismo régimen constitucional de protección enumerados en el artículo 102, si bien difieran en algunos otros elementos, como el de su finalidad o afectación y el del titular del derecho de dominio”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 2 de noviembre de 2005, Rad. No. 1.682.

657 “7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”.

658 “1. En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa”.

659 Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los Beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 7. Véase los decretos 309 de 2000, decreto 302 de 2003, decreto 3570 de 2011, resolución 620 del 7 de julio de 1997, ley 165 de 1994, y la decisión 391 de la Comunidad Andina.

*“molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales, incluyendo extractos crudos de organismos vivos o muertos de origen biológico, provenientes del metabolismo de seres vivos”.*

Los productos derivados son de gran importancia en la fabricación o producción de medicinas, alimentos, cosméticos, insumos industriales, entre otros<sup>660</sup>.

Finalmente, debe destacarse que la decisión 391 de la Comunidad Andina, tal como ocurre con los recursos genéticos, califica a los productos derivados como bienes o patrimonio de la Nación. Igualmente, les otorga la calidad de bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables “sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible” (artículo 6°).

Bajo este contexto, si sobre los productos derivados se quieren realizar actividades de investigación y desarrollo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la decisión 391 y el Protocolo de Nagoya, los cuales imponen la obligación de obtener un consentimiento previo y celebrar un contrato de acceso con la autoridad nacional competente<sup>661</sup>.

## F. El caso concreto

### 1. La transferencia a título gratuito u oneroso de los subproductos de los bancos de germoplasma

Las preguntas realizadas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la consulta inicial y su posterior ampliación, están dirigidas a establecer si es jurídicamente posible, con fines o propósitos exclusivos de investigación, que el ICA transfiera de manera gratuita u onerosa a Corpoica los subproductos derivados de los bancos de germoplasma. El manual de procedimientos técnicos administrativos y presupuestales para el manejo de los bancos de germoplasma vegetal, animal y de microorganismos, define los bancos de germoplasma como una:

*“Colección de diversidad y variabilidad de una especie y taxa relacionados, manejada de acuerdo con un conjunto de normas y procedimientos estandarizados”<sup>662</sup>.*

660 “It is generally recognized that a major part of the economic benefits arising from the exploitation of genetic resources is based on the biochemical compounds obtained from those resources (plants, microbes, marine organisms, mammalian sources etc.), such as chemicals with therapeutic properties for the manufacture of medicines (e. g. enzymes), cosmetics (e.g., flavonoids) or food (e. g., alkaloids)”. Carlos Correa, Implications for BioTrade of the Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization., United Nations, UNCTAD/DITC/TED/2011/9, 2011, p. 55. [“Es generalmente reconocido que una parte importante de los beneficios económicos que se derivan de los recursos genéticos está basada en los componentes bioquímicos obtenidos de esos recursos (plantas, microbios, organismos marinos, mamíferos, etc), tales como químicos con propiedades terapéuticas para la producción de medicinas (enzimas, cosméticos (flavonoides) o comida (alcaloides)”]. Traducción libre de la Sala.

661 Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 73. Véase también María Julia Oliva, Sharing the benefits of biodiversity: a new international protocol and its Implications for research and development. Planta Médica. Vol. 77 No. 11. 2011, pp. 1223-1224.

662 Manual de procedimientos técnicos administrativos y presupuestales para el manejo de los bancos de germoplasma vegetal, animal y de microorganismos, Comité Directivo del Convenio Especial de Cooperación Técnica y Científica ICA – Corpoica Bancos de Germoplasma, 2006, p. 9. No obstante, un banco de germoplasma también ha sido definido como “un lugar donde se mantienen semillas, tejidos vegetales o plantas completas, en el cual se intenta acumular toda la diversidad genética de una o más especies de interés”. Jaime Estrella, Rossana Manosalvas, Jorge Mariaca, y Mónica Ribadeneira, Biodiversidad y recursos genéticos: una guía para su uso y acceso en el Ecuador, Ecolencia, Denaref, Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 35. Igualmente, se ha señalado: “Así como las bibliotecas son centros adonde se recurre para obtener información, los



Frente a los subproductos, el mismo manual, que se entiende parte integrante de los convenios CN-44 de 2012<sup>663</sup> y CN-004 de 2013<sup>664</sup>, los concibe como:

*“materiales que se obtienen en forma natural, a partir de los procesos biológicos de los materiales constituyentes del mismo, y que no son necesarios para la preservación de la especie y la variabilidad genética del propio Banco de Germoplasma”<sup>665</sup>.*

Igualmente, el manual señala una lista de subproductos que emanan de cada uno de los bancos de germoplasma que administra Corpoica. En el caso de los bancos de germoplasma animal, los subproductos consisten en: i) los animales que cumplieron su función en la conservación de la variabilidad genética o que debido a razones de manejo y técnicas no deben hacer parte del banco, ii) los excedentes de semen y embriones que de manera ocasional se generan en el proceso de mantenimiento y conservación de los bancos de germoplasma, y iii) los productos derivados de la actividad de los bancos tales como: leche, lana y semovientes de descarte. Por su parte, los subproductos de los bancos de germoplasma vegetal consisten en los productos de cosecha material y vegetal que resultan del manejo y conservación de las accesiones de los bancos de germoplasma, tales como: frutos, granos, raíces y forrajes, entre otros. Finalmente, los subproductos del banco de germoplasma de microorganismos están integrados por los “metabolitos y estructuras primarias normalmente dentro del proceso de mantenimiento de estos y otros que se deriven de procesos de investigación y mejoramiento, o de otras actividades no señaladas en el convenio”<sup>666</sup>.

De otra parte, el manual también establece un procedimiento especial para la venta de los mencionados subproductos. Este procedimiento tiene las siguientes características:

i) El responsable técnico del banco de germoplasma debe entregar al director del centro de investigación un reporte de los subproductos disponibles para la venta. En el reporte debe indicarse, entre otros requisitos, la causa o motivo de la transferencia.

ii) Los subproductos deben ser objeto de un avalúo administrativo realizado por el director del centro de investigación de Corpoica, el responsable técnico del proyecto y el responsable técnico del ICA en cada banco. El avalúo deberá tomar en consideración los precios vigentes en el mercado de la zona y las condiciones del subproducto.

iii) Aunque Corpoica goza de autonomía para la venta de los subproductos, debe notificar al interventor técnico del banco de germoplasma las ventas que realice de estos.

---

bancos de germoplasma vegetal son centros de recursos para material vegetal vivo. Los bancos de germoplasma de plantas poseen colecciones de material vegetal con objeto de mantenerlas vivas y preservar sus características para el futuro beneficio de la humanidad y del ambiente. Los bancos de germoplasma también se llaman “centros de recursos fitogenéticos”, porque dan importancia al hecho de que las plantas son fuentes de características genéticas fuentes de diversidad. Las plantas conservadas incluyen cultivos alimenticios económicamente importantes (cultivos modernos y primitivos, y sus parientes silvestres), plantas horticolas, forrajes, plantas medicinales y árboles”. K.A. Painting, M.C. Perry, R.A. Denning y W.G. Ayad, Guía para la documentación de recursos genéticos, Consejo Internacional de Recursos Fitogenéticos, 1993, p. 7.

663 Cláusula Décima Sexta.

664 Cláusula Décima Octava.

665 El Manual fue acordado entre el ICA y el Corpoica, y hace parte integral del convenio CN-004 de acuerdo con su cláusula segunda.

666 Manual de procedimientos técnicos administrativos y presupuestales para el manejo de los bancos de germoplasma vegetal, animal y de microorganismos, Comité Directivo del Convenio Especial de Cooperación Técnica y Científica ICA – Corpoica Bancos de Germoplasma, 2006, pp. 9-10.

iv) Los ingresos que resulten por la venta de los subproductos los debe consignar el Corpoica al ICA, para su ingreso al tesoro nacional.

De otra parte, es importante resaltar que los convenios de cooperación en ciencia y tecnología CN-44 de 2012 y CN-004 de 2013, establecen en principio la prohibición para Corpoica de adquirir los productos derivados de los bancos de germoplasma:

*“Corpoica no podrá adquirir los productos y subproductos que conforman los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación Colombiana en cabeza del Instituto Colombiano Agropecuario”<sup>667</sup>.*

Con todo, los propios convenios también establecen una excepción a esta prohibición, al señalar que el comité directivo del convenio puede aprobar la transferencia a título gratuito de los subproductos de los bancos de germoplasma a Corpoica si esta le presenta un proyecto que tenga viabilidad técnica, administrativa y financiera, y siempre que los subproductos se destinen a fines de investigación; así se señala:

*“No obstante lo anterior, el Comité Directivo del Convenio podrá aprobar la transferencia a título gratuito de los subproductos necesarios de los Bancos de Germoplasma a Corpoica, cuando la Corporación le presente algún proyecto que tenga viabilidad técnica, administrativa y financiera, atendiendo que en este caso los subproductos se destinarán para fines de investigación lo cual reportará un beneficio para el país”<sup>668</sup>.*

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano es posible la transferencia de bienes a título gratuito u oneroso entre el ICA y el Corpoica. En efecto, tal como se mencionó anteriormente, la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución nacional no cubre la entrega de auxilios o donaciones a entidades estatales o públicas reguladas por el derecho privado, como lo sería Corpoica. En el caso objeto de estudio se encuentra que el ICA es un establecimiento del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Por su parte, Corpoica es una entidad descentralizada indirecta por servicios, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de participación mixta y sujeta a las normas de derecho privado. En consecuencia, el artículo 355 no prohibiría una transferencia de bienes gratuita entre ellas.

En todo caso, la transferencia sí debe realizarse dando cumplimiento a las normas de la ley 80 de 1993 y las demás normas que la complementan y reglamentan, en virtud de los artículos 1º y 2º del mencionado estatuto<sup>669</sup>. En este caso concreto, el ICA y Corpoica pueden contratar de manera directa entre ellas, tal como se desprende de la autorización que en ese sentido otorga el artículo 3.4.2.1.1<sup>670</sup> del decreto 734 de 2012.

667 Cláusula décima segunda, párrafo segundo de ambos convenios.

668 Cláusula décima segunda, párrafo tercero de ambos convenios.

669 “La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” art. 1º. “Para los solos efectos de esta ley: 1º. Se denominan entidades estatales:... a)...las entidades descentralizadas indirectas...b)... los ministerios”. (artículo 2º).

670 “Las entidades señaladas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal”.

Ahora, si bien en los Convenios CN-44 de 2012 y CN-004 de 2013, se estableció de manera expresa la prohibición para Corpoica de adquirir los subproductos derivados de los bancos de germoplasma, salvo los casos en los que el comité directivo del convenio autorice la transferencia gratuita de los subproductos a fines de investigación, dicha cláusula debe interpretarse a la luz de las normas nacionales e internacionales que venimos comentando.

Bajo este contexto, es necesario preguntarse si la transferencia, con fines exclusivos de investigación, de los subproductos derivados de los bancos de germoplasma, envuelve una transferencia de un recurso biológico, un recurso genético o un producto derivado, habida cuenta que no es posible transferir la propiedad de recursos genéticos ni productos derivados.

De acuerdo con lo manifestado en páginas anteriores, el concepto de recurso genético puede concebirse desde una perspectiva orgánica y una perspectiva funcional. En este último caso, existe un “recurso genético” cuando el material genético se utiliza con el propósito o finalidad de aprovechar o tomar ventaja de sus unidades funcionales de la herencia, circunstancia presente cuando se realizan actividades de investigación sobre el material.

De allí entonces que, si un material de origen vegetal, animal o microbiano tiene unidades funcionales de la herencia de valor real o potencial, y sobre estas quieren realizarse actividades de investigación o desarrollo, como las mencionadas por el grupo de expertos constituido en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica, debe entenderse que el material corresponde a un recurso genético.

En este entendido, y para el caso objeto de estudio, debido a que la transferencia de los subproductos que puede realizar el ICA a favor de Corpoica, se encuentra condicionada a la realización de actividades de investigación, si estas recaen o involucran el uso de la información genética o de las unidades funcionales de la herencia contenidas en el subproducto, no podría ocurrir una transferencia del derecho de dominio del subproducto, como quiera que en este caso, el objeto del contrato sería un subproducto que tendría la calidad de recurso genético, y no de uno biológico. Todo ello, a pesar de la autorización que se desprende de los convenios celebrados entre el ICA y el Corpoica.

La misma suerte correría cuando los terceros quieran la propiedad de los subproductos, con el propósito de realizar actividades de investigación y desarrollo sobre el material genético de valor real o potencial contenido en ellos. En este caso, se reitera, que la transferencia no involucraría un recurso biológico sino uno genético. Consecuentemente, destaca la Sala la necesidad de que en los contratos de compraventa sobre los subproductos derivados de los bancos de germoplasma que vayan a celebrarse con terceros, se verifique y garantice que estos no serán objeto de actividades de investigación y desarrollo sobre su material genético de valor real o potencial.

Con todo, es importante aclarar que si el subproducto derivado del banco de germoplasma quiere usarse por Corpoica para la realización de actividades de investigación

que no envuelven la utilización o aprovechamiento de su material genético, allí sí sería posible su transferencia, pues en este caso, el subproducto objeto de dicha transferencia tendría la calidad de recurso biológico.

En suma, no es posible que el ICA transfiera, de forma gratuita u onerosa, la propiedad de los subproductos derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y microorganismos a Corpoica, si sobre el material genético de valor real o potencial contenido en los subproductos se van a desarrollar actividades de investigación, pues en este caso, el subproducto se considera un recurso genético, y por tanto inalienable.

Igualmente, si la transferencia tiene como objeto un subproducto que califique como producto derivado a la luz de la decisión 391 de la Comunidad Andina, esto es, que corresponda a moléculas o un grupo de moléculas provenientes de la expresión genética o el metabolismo del ser vivo de naturaleza animal, vegetal o microbiana, no es posible tampoco la realización de esta, pues, como se mencionó anteriormente, este tipo de productos son considerados derivados, y al igual que los recursos genéticos, son catalogados de inalienables. Adicionalmente, esta circunstancia se reafirma al tomar en consideración lo dispuesto en la decisión 391 y el Protocolo de Nagoya, los cuales imponen la obligación de obtener un consentimiento previo y celebrar un contrato de acceso con la autoridad nacional competente para la ejecución de actividades de investigación y desarrollo sobre los productos derivados<sup>671</sup>.

En conclusión, cuando el subproducto derivado del banco de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos tenga la calidad de recurso genético o producto derivado, no será posible su transferencia por parte del ICA al Corpoica.

Con todo, ello no significa que esta última no pueda acceder a ellos para adelantar actividades de investigación. Para realizar estas, Corpoica deberá estarse a lo dispuesto a lo señalado en la decisión 391 de la Comunidad Andina<sup>672</sup>, la resolución 620 de 1997<sup>673</sup>, el decreto 309 de 2000<sup>674</sup>, el decreto 730 de 1997<sup>675</sup>, la ley 165 de 1994<sup>676</sup>, la ley 99 de 1993<sup>677</sup> y la resolución 414 de 1996<sup>678</sup> de la Comunidad Andina. Este conjunto normativo establece

671 Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva Frederic, Perron-Welch en cooperación con Natasha Ali y China Williams, Guía explicativa del Protocolo de Nagoya sobre acceso y participación en los beneficios. UICN, Gland, Suiza, 2012, p. 73. Véase también María Julia Oliva, Sharing the benefits of biodiversity: a new international protocol and its Implications for research and development. *Planta Médica*. Vol. 77 No. 11. 2011, pp. 1223-1224.

672 Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos.

673 Por la cual se delegan algunas funciones contenidas en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados.

674 Por el cual se reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica.

675 Por el cual se determina la Autoridad Nacional Competente en materia de acceso a los recursos genéticos. Artículo 1º: "El Ministerio del Medio Ambiente actuará como autoridad nacional competente, en los términos y para los términos y para los efectos establecidos en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena relativa al Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos".

676 Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

677 Artículo 5º.- Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: ...20. Coordinar, promover y orientar las acciones de investigación sobre el medio ambiente y los recursos naturales renovables, establecer el Sistema de Información Ambiental, y organizar el inventario de la biodiversidad y de los recursos genéticos nacionales; promover la investigación de modelos alternativos de desarrollo sostenible; ejercer la Secretaría Técnica y Administrativa del Consejo del Programa Nacional de Ciencias y del Medio Ambiente y el Hábitat; 21. Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres; regular la importación, exportación y comercio de dicho material genético, establecer los mecanismos y procedimientos de control y vigilancia y disponer lo necesario para reclamar el pago o reconocimiento de los derechos o regalías que se causen a favor de la nación por el uso de material genético; ...38. Vigilar que el estudio, exploración e investigación de nacionales o extranjeros con respecto a nuestros recursos naturales renovables respete la soberanía nacional y los derechos de la Nación colombiana sobre sus recursos genéticos.

678 Adopción del modelo referencial de solicitud de acceso a recursos genéticos.

el procedimiento y los requisitos para la obtención de acceso a los recursos genéticos y productos derivados<sup>679</sup>.

Es importante señalar que el acceso a estos envuelve el desarrollo de dos etapas. La primera consistirá en adelantar ante el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible una solicitud de acceso al recurso genético o al producto derivado. Una vez esta petición haya sido aprobada, se procederá a la negociación y celebración del contrato de acceso<sup>680</sup>, el cual es definido por la decisión 391 de la Comunidad Andina como:

*“acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente en representación del Estado y una persona, el cual establece los términos y condiciones para el acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y, de ser el caso, el componente intangible asociado”.*

Frente al contrato de acceso, es importante resaltar la posibilidad de que Corpoica, con fundamento en el artículo 36 de la decisión 391 de la Comunidad Andina, celebre un contrato marco con el Ministerio del Medio Ambiente. El mencionado artículo señala:

*“La Autoridad Nacional Competente podrá celebrar contratos de acceso marco con universidades, centros de investigación o investigadores reconocidos, que amparen la ejecución de varios proyectos, de conformidad con lo previsto en esta Decisión y en concordancia con la legislación nacional de cada País Miembro”<sup>681</sup>.*

## 2. La propiedad de los subproductos derivados de los bancos de germoplasma

Como se expresó en páginas anteriores, la distinción entre recurso genético y recurso biológico, es de fundamental importancia para establecer el régimen de propiedad aplicable. El Convenio sobre la Diversidad Biológica y la decisión 391 de la Comunidad Andina señalan que los estados son soberanos sobre sus recursos naturales, así como también que los recursos genéticos y sus productos derivados son de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable. En este contexto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado que los recursos genéticos constituyen bienes de dominio público<sup>682</sup> que pertenecen a la Nación<sup>683</sup>, mientras que los recursos biológicos, pueden ser objeto de propiedad pública o privada.

De esta manera, el régimen de propiedad aplicable a un subproducto dependerá de identificar en cada caso si este corresponde a un recurso biológico o a un recurso genético

679 Por acceso la decisión 391 entiende la: “obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros”. Artículo 1º.

680 Resolución 620 de 1997 del Ministerio del Medio Ambiente, artículo 4º y siguientes.

681 Igualmente, el decreto 309 de 2000, permite a las personas jurídicas obtener un solo permiso para la ejecución de dos o más proyectos en diversidad biológica.

682 “Los bienes de dominio público por su parte, de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades[4], constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o aquellos que están afectados al uso común, tal como se dispone en los artículos 63, 82, 102 de la Constitución”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Rad. No. 52001-23-31-000-2002-1750-01(ap).

683 “Lo anterior permite concluir que los recursos genéticos son bienes de dominio público y pertenecen a la Nación, por formar parte de los recursos o riquezas naturales de la misma. Su régimen jurídico es el propio de esta clase de bienes, particularmente el establecido en la decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en las disposiciones pertinentes de la Ley 165 de 1994 y en las demás normas legales que, con arreglo a la Constitución, se expidan”. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de agosto de 1997, Rad. No: 977.

o producto derivado. Lo anterior, en virtud de la posibilidad de que el subproducto, dependiendo de las circunstancias particulares, posea uno u otro carácter. Por ejemplo, si el subproducto es adquirido para cumplir una función de mercadería o alimento, o cualquier otra que no envuelva el aprovechamiento del valor real o potencial de las unidades funcionales de herencia contenida en él, el subproducto debe ser tratado como un recurso biológico, y no genético, cuya propiedad está en cabeza de la Nación, y puede ser susceptible de ser transferido a otra entidad pública o un particular. Esto se presentaría en el caso del banco de germoplasma animal, donde los machos y hembras no seleccionados para reproducción o los que ya hicieron su aporte, son vendidos como una mercadería a terceros, es decir, se venden no en función o razón del aprovechamiento de sus unidades funcionales de la herencia, sino por considerarse un recurso biológico.

En este contexto, el material genético de valor real y potencial contenido dentro del subproducto, o las moléculas o grupo de moléculas, naturalmente producidas por el metabolismo de este, se entiende que corresponden al concepto de recurso genético y producto derivado, y por tanto, son de dominio público, pertenecen a la Nación y son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Lo mismo acontecerá cuando el subproducto puede calificarse como recurso genético o producto derivado debido a que sobre él se quieren realizar actividades de investigación o desarrollo, ya sea sobre sus unidades funcionales de la herencia de valor real o potencial o sobre las moléculas provenientes de su metabolismo.

En consecuencia, si el subproducto corresponde a un recurso biológico, su propiedad está en cabeza de la Nación, la cual puede transferirlo a otra entidad pública o a un particular con sujeción a las normas de la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la complementan y reglamentan. Si por el contrario, el subproducto corresponde a un recurso genético o a un producto derivado, su propiedad recae en la Nación, pero no se podrá transferir de acuerdo con lo señalado por el artículo 6° de la Decisión 391 de la Comunidad Andina. De donde se sigue que su acceso y utilización se somete a lo dispuesto por la Decisión 391 de la Comunidad Andina, la Resolución 620 de 1997, el Decreto 309 de 2000, el Decreto 730 de 1997, la Ley 165 de 1994, la Ley 99 de 1993 y la Resolución 414 de 1996 de la Comunidad Andina.

Con base en lo anterior,

### **LA SALA RESPONDE**

*1. ¿Es jurídicamente viable que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA transfiera a título gratuito u oneroso a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica) con fines de investigación, los subproductos derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana, los cuales tiene en calidad de custodio del ICA y que son administrados por Corpoica conforme al Convenio de cooperación en ciencia y tecnología No. CN-44 de 2012?*

No es posible la transferencia gratuita u onerosa, entendiendo por transferencia la adquisición del derecho de dominio, de los subproductos derivados de los bancos de ger-

moplasma, cuando estos tienen la calidad de recurso genético o producto derivado. En consecuencia, no está permitida la transferencia gratuita u onerosa, con fines de investigación, de los subproductos derivados de los bancos de germoplasma por parte del ICA a Corpoica cuando sobre estos se busque realizar actividades de investigación sobre el material genético de valor real o potencial o la molécula o mezcla de moléculas provenientes del metabolismo del subproducto, por corresponder en este caso la transferencia a un recurso genético o producto derivado, los cuales son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Si Corpoica desea adelantar actividades de investigación sobre un subproducto derivado de un banco de germoplasma que corresponda a un recurso genético o producto derivado, debe adelantar ante el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible una solicitud de acceso al recurso genético o al producto derivado. Una vez la petición haya sido aprobada, debe proceder a la negociación y celebración del contrato de acceso.

*2. ¿Con base en nuestro ordenamiento jurídico el Instituto Colombiano agropecuario ICA, puede transferir a título gratuito u oneroso a la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica), los sub-productos derivados de los bancos de Germoplasma animal, vegetal, y de microorganismos de propiedad de la Nación colombiana, con fines exclusivos para la investigación?*

No, por las razones anteriores mencionadas.

*3. ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a la propiedad privada que se pueda generar sobre los subproductos, derivados de los bancos de germoplasma animal, vegetal y de microorganismos de propiedad de la Nación Colombiana?*

Si el subproducto corresponde a un recurso biológico, su propiedad se encuentra en cabeza de la Nación, la cual puede transferirlo a otra entidad pública o a un particular con sujeción a las normas de la ley 80 de 1993 y las demás normas que la complementan y reglamentan. Si, por el contrario, el subproducto corresponde a un recurso genético o a un producto derivado, por virtud del artículo 6° de la decisión 391 de la Comunidad Andina, su propiedad también recae en la Nación, pero se advierte que por ser un bien intransferible su acceso y utilización se somete a lo dispuesto por la decisión 391 de la Comunidad Andina, la resolución 620 de 1997, el Decreto 309 de 2000, el Decreto 730 de 1997, la Ley 165 de 1994, la Ley 99 de 1993 y la resolución 414 de 1996 de la Comunidad Andina.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** William Zambrano Cetina, Presidente de la Sala. Augusto Hernández Becerra, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 2. Consulta previa. Naturaleza jurídica de las actas de protocolización de acuerdos. No son actos administrativos ni contratos estatales.

### Radicado 2290

Fecha: 30/08/2016

Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 14 de marzo de 2017

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre la naturaleza jurídica de las actas de protocolización de los acuerdos logrados en desarrollo de procesos de consulta previa con grupos étnicos, particularmente en cuanto a la posibilidad de que sean consideradas actos administrativos.

### I. Antecedentes

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

1. De conformidad con el Decreto 2893 de 2011, una de las funciones que cumple el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, es la de formular y hacer seguimiento a la política de grupos étnicos.

2. Particularmente, la Dirección de Consulta Previa sirve como garante de la efectiva realización del derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas cuando quiera que se van a ejecutar proyectos públicos o privados en sus territorios, *“propendiendo porque todos los procesos de consulta previa se enmarquen dentro de los principios de la transparencia y la buena fe, velando por la protección de la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas y tribales asentadas en el territorio nacional”*.

3. Para el desarrollo de estos procesos la Dirección de Consulta Previa sigue *“La guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas”* contenida en la Directiva Presidencial 10 de 2013, en la cual se prevé el agotamiento de cinco etapas:

- *Primera etapa:* Certificación sobre la presencia o no de comunidades étnicas a fin de determinar la necesidad de hacer consulta previa antes de la ejecución de un proyecto público o privado en un determinado territorio.
- *Segunda Etapa:* Coordinación y Preparación.
- *Tercera Etapa:* Preconsulta.
- *Cuarta Etapa:* Consulta. En esta fase se dan tres tipos de reuniones: (i) de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo; (ii) **de formulación de acuerdos**; y (iii) de protocolización de acuerdos.



- *Quinta Etapa: Seguimiento de los acuerdos.*

4. Señala el organismo consultante que al finalizar cada etapa se documentan los avances logrados a través de actas suscritas por (i) los representantes de la comunidad étnica y el ejecutor del proyecto (público o privado); (ii) los delegados de la Dirección de Consulta Previa *en calidad de garantes*; y, según el caso, (iii) las autoridades ambientales, los entes de control y los representantes de las entidades territoriales que se hubieren vinculado a la consulta.

5. En particular el Acta de Protocolización de la Consulta (cuarta etapa) contiene los acuerdos logrados entre el ejecutor del proyecto (público o privado) y la comunidad étnica (resguardo indígena, parcialidad indígena o consejo comunitario), así como la designación de un comité de seguimiento que se encarga de velar por el efectivo cumplimiento de lo pactado. Este documento, dice la consulta, resulta *“de estricto acatamiento para las partes y constituye un deber correlativo el cumplimiento de lo pactado”*, lo cual se traduce en *“que cada uno de los acuerdos plasmados en el acta se debe cumplir en su totalidad para que el proceso de consulta previa pueda cerrarse”*.

6. En este contexto surgen dudas sobre la naturaleza jurídica de *las actas de protocolización de acuerdos*, en particular si pueden ser consideradas actos administrativos. El organismo consultante entiende que la respuesta depende de la naturaleza jurídica de las partes que intervienen en los acuerdos, de manera que, a su juicio, el acta contentiva de los acuerdos sería *acto administrativo* si las partes que la suscriben pueden ser consideradas autoridades públicas, lo cual arroja, en su entender, las siguientes posibilidades:

- Acuerdo entre **un resguardo indígena** y **una entidad pública** ejecutora del proyecto: podría considerarse que el acta de acuerdos es un acto administrativo en la medida en que el ejecutor del proyecto tiene naturaleza pública y que los resguardos indígenas también podrían catalogarse como autoridades si se les considera entidades territoriales a la luz del artículo 329 de la Constitución Política.

- Acuerdo entre **un resguardo indígena** y **una entidad privada** ejecutora del proyecto: surgiría la duda de si el acta de acuerdos es acto administrativo pues aún si se considera que el resguardo indígena es autoridad pública (en su calidad de entidad territorial), lo cierto es que el ejecutor privado no tendría esa condición.

- Acuerdo entre **una parcialidad indígena** (grupo de familias de ascendencia amerindia que tienen consciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura) y **una entidad pública o privada** ejecutora del proyecto: en este caso la duda sobre la naturaleza de las actas de acuerdo surge porque el concepto de parcialidad indígena es de tipo sociológico y la ley no le da el carácter de autoridad que pueden tener los resguardos indígenas. Por tanto resulta *“complejo determinar el alcance, denominación y naturaleza jurídica de los documentos por ellos signados, más específicamente las actas de protocolización de acuerdos de consulta previa, con ejecutores públicos o privados”*.

- Acuerdo entre un **consejo comunitario** (forma organizativa de las comunidades negras) y **una entidad pública o privada** ejecutora del proyecto: la duda se presenta igualmente por la falta de claridad sobre la naturaleza jurídica de los consejos comunitarios y, por ende, sobre “*la naturaleza y alcance jurídico de sus actos*”. De este modo, surgiría la duda de si las actas de acuerdos suscritas con entidades públicas o con entidades privadas ejecutoras de proyectos son o no actos administrativos.

6. Según la consulta se solicita “*hacer claridad frente al carácter, denominación y alcances jurídicos que revisten las actas de protocolización de acuerdos como documento clave dentro de los procesos de consulta previa*”.

Con base en lo anterior, se formulan las siguientes preguntas:

1. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa suscrita entre autoridades representativas de un resguardo indígena y una autoridad pública responsable de la ejecución de un proyecto, obra o actividad?*
2. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa suscrita entre autoridades representativas de un resguardo indígena y una empresa privada responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*
3. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de una parcialidad indígena y una entidad pública responsable de ejecutar un proyecto, obra o actividad?*
4. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de una parcialidad indígena y un ejecutor privado responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*
5. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de un consejo comunitario de comunidades negras y una autoridad pública responsable de la ejecución de un proyecto, obra o actividad?*
6. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de un consejo comunitario de comunidades negras y una empresa privada responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*

## PARA RESPONDER SE CONSIDERA

### A. Definición del problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente consulta busca establecer la naturaleza jurídica de las “*actas de protocolización de acuerdos*” suscritas en desarrollo

de procesos de consulta previa con los grupos étnicos, particularmente en cuanto a la posibilidad de que sean consideradas actos administrativos.

Según indica la consulta, sin perjuicio del acompañamiento que realizan la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y la autoridad ambiental (cuando es del caso) y de la participación de otras autoridades estatales que concurren como invitados (organismos de control, autoridades departamentales y municipales, etc.), los acuerdos de consulta previa se suscriben entre: (i) *los grupos étnicos* (resguardos indígenas, parcialidades indígenas o consejos comunitarios de comunidades negras), por un lado; y (ii) *el ejecutor del proyecto, obra o actividad* (público o privado), por otro.

En este orden, según “las partes” que suscriben las actas de protocolización de acuerdos de consulta previa, el Ministerio del Interior plantea sus interrogantes en seis (6) escenarios distintos, así

“Partes” que suscriben las actas de acuerdo	Ejecutor público	Ejecutor privado
<b>Resguardo indígena</b>	Resguardo indígena y ejecutor público responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 1</b> )	Resguardo indígena y entidad privada responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 2</b> )
<b>Parcialidad indígena</b>	Parcialidad indígena y ejecutor público responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 3</b> )	Parcialidad indígena y entidad privada responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 4</b> )
<b>Consejo Comunitario de Comunidades Negras</b>	Consejo Comunitario y ejecutor público responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 5</b> )	Consejo Comunitario y ejecutor privado responsable de un proyecto, obra o actividad ( <b>pregunta 6</b> )

El organismo consultante entiende que en la medida en que se pudiera concluir que el grupo étnico firmante tiene la condición de “autoridad” y que el acuerdo se suscribe con *un ejecutor público*, podría decirse que las actas respectivas son actos administrativos. Por el contrario, la condición de acto administrativo del acta de protocolización de acuerdos sería discutible, a su juicio, si el grupo étnico no puede considerarse autoridad o si, aun considerándosele como tal, el acuerdo se suscribe con un ejecutor privado. De este modo, la naturaleza jurídica de las actas de protocolización de los acuerdos previos dependería exclusivamente, según el organismo consultante, de la calidad de las partes que las suscriben.

Para responder los interrogantes planteados la Sala revisará el marco constitucional y convencional de la consulta previa (normas, principios y carácter vinculante) y el contenido mismo de las actas de protocolización de acuerdos, para con base en ello revisar la posibilidad de adecuarlas a alguna de las categorías tradicionales de clasificación de los ac-

tos jurídicos unilaterales o bilaterales, o, por el contrario, de reconocerles una condición especial y *sui generis* en el marco de los derechos fundamentales de los grupos étnicos.

Aclara la Sala que conforme al artículo 2° de la Ley 70 de 1993 y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando en este documento se utilicen las expresiones comunidades étnicas o grupos étnicos, se referirá en general tanto a las comunidades indígenas como a las afrodescendientes, las cuales “*también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica*”<sup>684</sup>.

## B. Fundamentos normativos y principios orientadores del derecho a la consulta previa

### 1. Fundamentos constitucionales y convencionales del derecho fundamental a la consulta previa.

Los fundamentos normativos de la consulta previa son diversos, concurrentes y complementarios. En primer lugar, el derecho a la consulta previa encuentra anclaje directo en el carácter democrático, participativo y pluralista de la Constitución Política (artículo 1)<sup>685</sup>; en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículos 7, 8, 9 y 70)<sup>686</sup>; y en los principios de autodeterminación (artículos 9 y 286), propiedad colectiva de los territorios ancestrales (artículo 63), *reconocimiento del derecho propio* (artículos 246 y 330) y participación de los grupos indígenas y tribales en los asuntos públicos que les conciernen (artículos 40, 171, 176, 329 y 330)<sup>687</sup>.

Además, tiene una expresión concreta en el artículo 330 de la Constitución Política, según el cual la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica, para cuyo logro el gobierno “*propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”, con la advertencia de que la alusión de esta última disposición a la consulta previa en asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales, no puede entenderse, según la jurisprudencia, como “*la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles, debido a que la consulta opera como una modalidad de participación de amplio espectro, orientada a salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas*”<sup>688</sup>.

En segundo lugar, la consulta previa tiene fundamento en el artículo 6° del *Convenio 169 de 1989 de la OIT* sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes -que forma

684 Sentencia C-157 de 2016. Ver también Sentencias C-461 de 2008, C-253 de 2013 y C-184 de 2016, entre otras. Igualmente son titulares de la consulta previa las comunidades raizal, palenquera y gitana o romaní (Sentencias C-620 de 2015 y T-005 de 2016, entre otras).

685 Sentencia T-005 de 2016. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha entendido que la consulta previa es desarrollo del derecho de participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sentencia del 23 de junio de 2005. Caso Yakatama vs. Nicaragua).

686 Sentencia T-005 de 2016.

687 Sentencia C-463 de 2014.

688 Sentencia T-689 de 2011, que reitera a su vez sentencia de unificación Su-383 de 2003. Ver también Sentencia T-005 de 2016.

parte del bloque de constitucionalidad<sup>689</sup> y ha sido integrado al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991-, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 6°.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

**a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;**

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

**2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.** (Se resalta).

Como ha señalado la jurisprudencia, del texto de este artículo 6° se deriva (i) el deber de los Estados de garantizar a las comunidades étnicas el acceso a los mecanismos generales de participación ciudadana (literal b), y (ii) un deber específico, autónomo y concreto de *consulta previa* a dichas comunidades, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*” (literal a), consultas estas que “*deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*” (parágrafo).

En tercer lugar, tanto a la luz del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>690</sup>, como dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>691</sup>, se tiene establecido que el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa se apoya también en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007*, en la que se consagran, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas a (i) la libre autodeterminación (artículo 3); la autonomía o autogobierno en lo relacionado con sus asuntos internos (artículo 4); *la conservación de sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales* (artículo 5); a no ser sometidos a una asimilación forzada y a que se adopten medidas preventivas del despojo de sus tie-

689 Sentencias C-175 de 2009, T-576 de 2014 y T-005 de 2016, entre otras.

690 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documento 56 del 30 de diciembre de 2009 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Igualmente Sentencia del 28 de noviembre de 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

691 Sentencia C-463 de 2014 y T-546 de 2014, entre otras.

rras o recursos (artículo 8); a no ser trasladados de sus tierras sin su consentimiento previo, libre e informado (artículo 10); a la práctica de su cultura, lo que incluye el derecho a preservar sus lugares arqueológicos, históricos y religiosos (artículos 11 y 12); a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas sociales y económicos y de salud y vivienda que les conciernen (artículo 23); a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado, utilizado o adquirido (artículo 26); y a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras (artículo 29).

Particularmente, esta Declaración consagra, en la misma lógica del Convenio 169 de 1989 arriba citado, el derecho de los pueblos indígenas a *“participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”* (artículo 18); e impone a los Estados el deber de *celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”* (artículo 19) y *“antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo”* (artículo 32)<sup>692</sup>.

Sobre el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, la Corte Constitucional ha señalado entonces que:

*“La Constitución Política y el orden internacional de los derechos humanos reconocen a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, indígenas y Rom (gitanas), espacios reforzados de participación de los establecidos para la generalidad de los colombianos. Algunos de ellos están dados en propiciar la participación efectiva de los pueblos étnicos en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (arts. 1, 2, 7, 70, y 330 parág. C. Pol.) y la consulta previa sobre las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente (art. 6, Convenio 169 de 1989 la OIT), que forman parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu (art. 93 superior)”*<sup>693</sup>.

Con base en lo anterior, se ha señalado que el derecho a la consulta previa es la garantía instituida a favor de los pueblos indígenas y tribales de contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos (i) *proyectos, obras o actividades* (tema objeto de consulta), o (ii) medidas legales o administrativas, que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones<sup>694</sup>.

692 Esta declaración contiene además obligaciones específicas de consulta previa en relación con el traslado de los pueblos indígenas de sus territorios (artículo 10); el establecimiento de mecanismos para la repatriación o acceso a objetos de culto y restos humanos (artículo 12); la definición de los sistemas educativos de las comunidades indígenas (artículo 14); la adopción de medidas encaminadas a combatir la discriminación, la explotación económica y el trabajo infantil, así como para facilitar el desplazamiento e interacción de comunidades indígenas divididas por fronteras internacionales (artículos 15, 17 y 36); la definición de los procedimientos para el reconocimiento de sus leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de tierras (artículo 27); el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (artículo 29); la utilización de sus tierras para actividades militares (artículo 30); la adopción de medidas eficaces para permitir la interacción de los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales (artículo 36); y la adopción de las medidas orientadas a alcanzar los fines de la Declaración (artículo 38).

693 Sentencia C-620 de 2015.

694 Sentencia T-576 de 2014. Ver también, entre otras, Sentencias T-857 de 2014, T-646 de 2014, T-461 de 2014 y T-1105 de 2008.

Según se indicó en la Sentencia SU-039 de 1997, reiterada recientemente en Sentencia T-005 de 2016, los objetivos de la consulta previa son:

*“(i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto”<sup>695</sup>.*

Así las cosas, la consulta previa a las comunidades étnicas en relación con los actividades o medidas que pueden afectarlos directamente tiene una doble condición: (i) como deber de los Estados, cuya inobservancia afecta la legitimidad y validez de las decisiones o acciones que afecten a las comunidades étnicas<sup>696</sup>; y (ii) como *derecho* de las comunidades étnicas, en su condición de grupos humanos sobre los cuales recae una protección constitucional y convencional reforzada<sup>697</sup>.

Debe resaltarse que la filosofía que orienta los diversos instrumentos normativos de protección y defensa de los derechos de las comunidades étnicas, especialmente a partir del Convenio 169 de 1989, no es la consideración de que se trata de pueblos en proceso de extinción obligados a integrarse a la cultura mayoritaria mediante políticas públicas de asimilación (como era la lógica del Convenio 107 de 1957 de la OIT<sup>698</sup>), sino el entendimiento de que son grupos humanos que tienen derecho a la subsistencia y a la preservación de su autonomía, cultura, formas de vida y costumbres propias:

*“No obstante, el mencionado Convenio (107 de la OIT) se adoptó en un contexto mundial en el que los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades atrasadas y transitorias, por eso, para que pudieran sobrevivir, se creía indispensable integrarlas en la corriente mayoritaria mediante la asimilación. Estas ideas fueron reevaluadas con el tiempo (...) la OIT, luego de convocar a una reunión de expertos que estuvieron de acuerdo con revisar el Convenio 107, inició un proceso de análisis del documento en el que participaron organizaciones civiles, gobiernos y pueblos indígenas y tribales del mundo. Luego de dos años de debates y discusiones, se redactó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de junio de 1989[53], ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este Con-*

<sup>695</sup> Ver también Sentencia T-660 de 2015: “Así, la consulta previa tiene como objetivo principal dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente, y sobre las eventuales afectaciones que se pueden derivar de la ejecución de las decisiones, con el fin de que puedan opinar, de manera libre, a través de sus representantes”.

<sup>696</sup> Sentencias C-030 de 2008, C-575 de 2009, C-463 de 2014 y T-550 de 2015, entre otras.

<sup>697</sup> *Ibidem*.

<sup>698</sup> Por ejemplo, el artículo 2º señala que “Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”.

*venio cambia la concepción del No. 107 y se basa en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de las comunidades étnicas*<sup>699</sup>.

Por tanto, se ha reiterado que el Estado debe garantizar la identidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas o tribales, su libre autodeterminación y la posibilidad de “establecer sus instituciones y autoridades, **darse sus propias normas**, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida”<sup>700</sup>.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional tiene establecido: (i) que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) que los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos, lo que comporta la falta de idoneidad de la acción popular para buscar su protección; y (iii) que la acción de tutela es un mecanismo judicial adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, *como para la protección de los derechos de la comunidad*<sup>701</sup>.

Como consecuencia lógica de lo anterior se ha indicado a su vez que el derecho a la consulta previa *tiene carácter fundamental*, que sus titulares son las comunidades étnicas<sup>702</sup> y que la acción de tutela es el medio judicial adecuado para lograr su protección –inclusive cuando la violación del derecho se da por el incumplimiento de acuerdos logrados con los ejecutores del proyecto, como se verá más adelante–:

*“Además, el bloque de constitucionalidad exige promover la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones. Eso, entre otras cosas, implica que deben ser protegidos contra la violación de sus derechos y asegurar **que accedan a procedimientos legales comprensibles que les permitan garantizarlos.***

*La acción de tutela cobró un protagonismo definitivo en ese escenario, que condujo a que la Corte evaluara los requisitos formales de procedibilidad de las acciones promovidas para amparar derechos fundamentales de comunidades indígenas atendiendo a dos situaciones: a la especial condición de vulnerabilidad que soportan sus promotores y a la función que cumple la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, a través de un trámite preferente y sumario.*

699 Sentencia T-462A de 2014.

700 Sentencia T-005 de 2016, basaba a su vez en Sentencias T-800 de 2014, T-973 de 2009 y T-514 de 2003.

701 Sentencia C-463 de 2014. Ver también Sentencia T-659 de 2013: “En relación con el estatus de las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que “esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos”; igualmente ha sostenido que “los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos”; y como consecuencia de lo anterior, ha derivado diversas consecuencias normativas de tal reconocimiento “...en primer lugar, [que] la acción de tutela es procedente no solo para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, sino también para la protección de los derechos de la comunidad; y en segundo lugar, [que] las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades son elevadas a norma de derecho fundamental, con todos los atributos legales y políticos que ello supone”.

702 Sentencia C-175 de 2009: “Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente”.



*Dado el vínculo inescindible que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas tienen con su supervivencia y ante la constatación de que el acceso a los mecanismos judiciales ordinarios suele ser más restringido para los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, la Corte reivindicó a la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de las comunidades indígenas*<sup>703</sup>. (Se resalta).

Además se ha señalado que sin perjuicio de su autonomía y valor intrínseco, la importancia de la consulta previa radica en el hecho de constituir **presupuesto básico** para salvaguardar “*todos aquellos derechos fundamentales que se les atribuyen a los pueblos indígenas y tribales por cuenta de su diversidad étnica*”<sup>704</sup>; y por eso mismo se ha advertido que el derecho a la consulta previa en sus diferentes fases (*preparación, desarrollo y cumplimiento*) es inseparable del conjunto de valores, principios y derechos que protegen la diversidad cultural y la autodeterminación<sup>705</sup>, así como la autonomía de las comunidades étnicas y su especial relación con la tierra y los recursos naturales<sup>706</sup>.

## 2. Principios rectores de la consulta previa

Con base en lo dispuesto en la Constitución Política, el Convenio 189 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia ha precisado los principios que rigen el derecho fundamental a la consulta previa, así:

- (i) **Debe ser previa a la realización del proyecto obra o actividad:** esta exigencia se justifica porque “*lo perseguido por la consulta es evitar causar alguna afectación a las comunidades adoptando las medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos*”<sup>707</sup>.
- (ii) **Debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos o comunidades étnicas**<sup>708</sup>: esto obliga a los Estados a indagar por las instituciones que reúnan tal representatividad, pero no desde la perspectiva del derecho común, sino “*según lo que las propias comunidades hayan definido*”<sup>709</sup>. Se ha indicado así que el Convenio 169 no impone un modelo específico de instituciones representativas, siendo lo importante que las mismas “*sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas o tribales, según corresponda*”<sup>710</sup>.

En particular, la jurisprudencia tiene suficientemente establecido que la definición de las formas y las personas a través de las cuales se expresan las comunidades étnicas “*debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición,*

703 Sentencia T-698 de 2011. Ver también, entre otras, Sentencias SU-383 de 2003 y T-547 de 2010.

704 Sentencia T-576 de 2014. También en Sentencia C-157 de 2016: “De acuerdo con lo señalado en las providencias anteriormente referidas, esta forma de participación tiene una doble connotación, por una parte, como derecho fundamental cuyo ejercicio debe ser garantizado y facilitado por las autoridades correspondientes, y por la otra, como mecanismo indispensable para la efectividad de otros derechos constitucionales”.

705 Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016.

706 Sentencia T-550 de 2015. Ver también Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (Documento 56 del 30 de diciembre de 2009).

707 Sentencia T-005 de 2016.

708 Sentencia T-576 de 2014.

709 Ibidem.

710 Ibidem.

y habiendo tenido en cuenta la voluntad de la totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes”;<sup>711</sup> y se ha reiterado que la representatividad no puede ser una noción impuesta por las autoridades estatales, cuya función en esta materia es “facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que definan, en ejercicio de su autonomía, cuáles son las instituciones que las representan”.<sup>712</sup>

- (iii) **Debe brindarse información adecuada y suficiente:** lo que significa que la medida propuesta “debe ser puesta en total conocimiento de la comunidad, identificando los riesgos de afectación ambiental, social o cultural, con el fin de que pueda adoptar una posición y formular alternativas de prevención o corrección de los impactos negativos que se pudiesen ocasionar”<sup>713</sup>.
- (iv) **Debe adelantarse de buena fe:** esto es, “mostrando una conducta honesta y leal, a fin de darle seguridad, confianza y credibilidad a la contraparte”<sup>714</sup>. En el caso ejecutor del proyecto, obra o actividad y de las autoridades que acudan como garantes de la consulta, el principio de buena fe significa además “la disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de la consulta, valorarlas y obrar en consecuencia”<sup>715</sup>.
- (v) **Debe tratarse de un diálogo entre iguales que no admite posturas adversariales o de confrontación.** La Corte Constitucional ha insistido en que en los procesos de consulta constituyen procesos de “diálogo entre iguales en medio de las diferencias”<sup>716</sup>. Por tanto, frente al asunto consultado es claro que ni las entidades estatales que acompañan el proceso de consulta previa, ni los ejecutores públicos o privados de los proyectos, pueden adoptar decisiones unilaterales dentro de este proceso de diálogo, ni invocar atributos de autoridad para imponer su voluntad a las comunidades étnicas. Como ha señalado la Corte Constitucional “las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares”<sup>717</sup>. Así pues, como proceso esencialmente dialógico y conciliatorio, la con-

711 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (Documento 56 del 30 de diciembre de 2009).

712 Sentencia T-550 de 2015. Ver igualmente Sentencia T-973 de 2009, reiterada en Sentencia C-909 de 2013: “Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (C. P. art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C. P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el autorreconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”. (Subrayado fuera de texto).

713 Sentencia T-005 de 2016.

714 Sentencia T-005 de 2016. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, caso Saramaka vs. Surinam.

715 Sentencia T-547 de 2010.

716 Sentencia T-129 de 2011. Ver igualmente Sentencia T-256 de 2015.

717 Sentencia T-129 de 2011.

sulta previa excluye de suyo la imposición de decisiones administrativas unilaterales por parte de sus diferentes intervinientes, tal como se profundizará más adelante.

- (vi) **Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados:** lo que se ha entendido como la exigencia de que el proceso consultivo tenga en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad y brinde “*un escenario efectivo de participación*”<sup>718</sup>. Por su parte, que el proceso de consulta sea *efectivo* significa que el punto de vista de las comunidades étnicas “*debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas*”<sup>719</sup>, frente a lo cual resulta insuficiente la simple notificación del proyecto a los pueblos interesados o la celebración de reuniones puramente informativas de decisiones ya adoptadas<sup>720</sup>.
- (vii) **Debe ser flexible y atender un “enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres”**<sup>721</sup>: por tanto, no existe una única fórmula de llevarla a cabo, “*porque depende de las características de la comunidad afectada, así como de los componentes de la medida*”<sup>722</sup>. Tampoco es posible hablar de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, “*ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas*”<sup>723</sup>.
- (viii) **Debe atender una regla de adecuación cultural:** por tanto, debe desarrollarse de acuerdo con las costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente aceptados “*y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones*”.<sup>724</sup>
- (ix) **Debe estar orientada a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas**<sup>725</sup>. Esto es, que el proceso de consulta previa debe contener acciones claras y eficaces dirigidas a llegar al conceso y la concertación con las comunidades étnicas<sup>726</sup>, razón por la cual no puede reducirse a “*un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos*”<sup>727</sup>. Así, se ha reiterado que en todos los procesos de consulta previa “*es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado*” de las comunidades étnicas, de manera que logrado este, el cumplimiento de lo acordado queda integrado al derecho fundamental del cual se deriva.

718 Sentencia T-550 de 2015.

719 Sentencia T-376 de 2012, reiterada en Sentencia T-550 de 2015.

720 Sentencia T-376 de 2012.

721 Sentencia T-129 de 2011.

722 Sentencia T-005 de 2016. Igualmente Sentencia T-576 de 2014: “No existe, por lo tanto, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso”.

723 Sentencia T-129 de 2011.

724 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (Documento 56 del 30 de diciembre de 2009, con base en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, caso Saramaka vs. Surinam, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

725 Sentencia T-550 de 2015.

726 Sentencia C-175 de 2009.

727 Sentencia T-129 de 2011.

Con la claridad, sin embargo, de que este principio opera “*con independencia del resultado que efectivamente se alcance*”<sup>728</sup> (solo en ciertos eventos es obligatoria la obtención del consentimiento previo<sup>729</sup>), por lo que la obligación de consulta previa no comporta *per se* un derecho a veto en cabeza de las comunidades étnicas<sup>730</sup>.

En todo caso se ha señalado que de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales que le sucedan deben estar desprovistas de arbitrariedad y adoptarse con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>731</sup>.

- (x) **El derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su cumplimiento:** En los casos en que la consulta cumple su finalidad y se llega a acuerdos con las comunidades étnicas, estos son vinculantes para las partes<sup>732</sup>. Lo anterior, en tanto que las comunidades étnicas deben tener la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, “*no solo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo*”<sup>733</sup>. Por ello, cuando hay acuerdos, el proceso de consulta solo se cierra con la verificación de cumplimiento de los compromisos acordados. De ahí que, como expone el organismo consultante, el protocolo de los procesos de consulta previa comprende no solo las etapas de diagnóstico, pre consulta y consulta, sino también las de protocolización de acuerdos y de seguimiento de los mismos.

Estos principios permiten evidenciar la especialidad de los procesos de consulta previa y el hecho de que no se han desarrollado sobre la base del derecho común (aplicando las nociones clásicas del derecho administrativo o contractual), sino en un contexto más amplio y flexible que promueve, por encima de la imposición unilateral de decisiones públicas, el uso de mecanismos de diálogo, participación, concertación y cooperación.

### 3. El carácter vinculante de los acuerdos logrados en procesos de consulta previa y los mecanismos para asegurar su cumplimiento

Como se acaba de mencionar, uno de los principios orientadores de la consulta previa es que deben estar dirigidas “**a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades étnicas**” (artículos 6° del Convenio 169 OIT y 18, 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007), aspecto sobre el cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado:

728 Sentencia T-576 de 2014.

729 El consentimiento previo se exige principalmente (i) cuando la actividad o medida implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, (ii) comporte el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. (Sentencias T-576 de 2014 y T-550 de 2015, entre otras).

730 Sentencia T-661 de 2015. Igualmente Sentencias T-068 de 2013 y C-175 de 2009. En esta última se señaló: “La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa”.

731 Sentencia T-376 de 2012.

732 Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016.

733 Sentencia T-129 de 2011.

“27. Los dos últimos criterios de aplicación de las consultas exigen que estas se realicen de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Lo primero implica que se desarrollen en un clima de confianza mutua y que respeten las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados. Como la consulta conlleva el establecimiento de un diálogo intercultural, los gobiernos deben reconocer a las autoridades representativas que definan las comunidades y brindarles toda la información pertinente sobre la medida o el proyecto objeto de consulta. También deben evitar los retrasos injustificados, propiciar negociaciones genuinas y constructivas y cumplir con los acuerdos pactados.

El requisito alusivo a que las consultas generen las condiciones propicias para llegar a un acuerdo o para lograr que las comunidades den su consentimiento a las medidas propuestas pretende, a su turno, asegurar que la salvaguarda de este derecho fundamental se traduzca en una oportunidad real para que las comunidades indígenas y tribales participen en la adopción de las decisiones que pueden incidir sobre su desarrollo económico, social y cultural”<sup>734</sup>.

En consecuencia, en la medida en que la búsqueda real y efectiva de consensos constituye un fin consustancial de los procesos de consulta previa, los acuerdos logrados con las comunidades étnicas quedan integrados al núcleo fuerte de ese derecho fundamental y resultan por sí mismos obligatorios, con independencia de la denominación o categoría jurídica que se les pueda asignar a las actas o documentos en los cuales se deja constancia de los mismos. Sobre este deber de cumplimiento de lo pactado, la Corte Constitucional señaló lo siguiente en Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016:

“Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor **y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa** y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación –si es del caso- de los trabajos”. (Se resalta).

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado también que las comunidades étnicas tienen derecho a acudir a la acción de tutela para exigir el cumplimiento de los acuerdos logrados en los procesos de consulta previa:

“En el caso concreto las pretensiones de las comunidades indígenas pueden resumirse en dos: **la primera se dirige al cumplimiento de los compromisos adquiridos por diversas entidades como** medidas de compensación por los impactos generados con la construcción de la represa; y la segunda se concreta en la exigencia de la realización de una consulta para identificar los impactos y adelantar las acciones necesarias con el fin de detener las vulneraciones a otros derechos fundamentales, como la salud y la educación.

734 Sentencia T-550 de 2015.

*Frente a la primera pretensión, la Sala considera que no existe otro mecanismo judicial idóneo para exigir el cumplimiento de los compromisos, pues, en primer lugar, la acción de cumplimiento, que es uno de los recursos que traen a colación las entidades demandadas y vinculadas, no procede, puesto que como lo señalan el artículo 9 de la Ley 393 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una persona solicita el amparo de un derecho susceptible de protegerse mediante tutela (un derecho fundamental), entonces la acción de cumplimiento es improcedente (...).*

*En segundo lugar tampoco es idónea la acción de grupo, toda vez que la finalidad de este recurso es la de reparar los daños individuales causados a un grupo de personas, y en este caso, las pretensiones de la comunidad no se dirigen a obtener un reparación de daños individuales. Puede verse, por ejemplo, que están exigiendo espacios de participación y concertación en los que puedan expresar sus opiniones, y se pueda llegar a acuerdos con las entidades competentes sobre las medidas a tomar para detener los impactos negativos. Esta última pretensión no reviste un interés económico, sino que se dirige a la realización de un deber que se ha omitido y que se relaciona con los derechos fundamentales a la participación, a la educación, a la salud y a la identidad étnica y cultural, por lo que la acción de grupo tampoco tiene la virtualidad suficiente para desplazar a la acción de tutela en el presente caso.*

*En tercer lugar, podría considerarse la eventual procedencia de una acción popular frente a las pretensiones relacionadas con derechos colectivos; sin embargo, la discusión que presenta la acción de tutela se enfoca en derechos que no son de esta naturaleza, como el de educación y salud. Además, debe recordarse que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la protección de su identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa, entre otros, aunque se caracterizan por su titularidad grupal, no son derechos colectivos y en todo caso son derechos fundamentales. A diferencia de lo sostenido por varias de las entidades demandadas y vinculadas, e incluso los jueces de instancia, la Sala considera entonces que la acción popular tiene un alcance insuficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados<sup>735</sup>.*

Como se observa, la Corte Constitucional descarta que las acciones populares, de cumplimiento o de grupo sean el medio idóneo para lograr el cumplimiento de los acuerdos logrados en virtud de procesos de consulta previa, en la misma forma en que ya lo había hecho respecto de la acción contractual, al considerar que no era el mecanismo adecuado para obtener el cumplimiento de unos compromisos adquiridos con una comunidad étnica en las salinas de Manaure:

735 Sentencia T-462A de 2014. Ver también Sentencia T-256 de 2015: “114. En el presente caso se solicita la protección, entre otros, del derecho al ambiente sano, afectado por los impactos derivados de la explotación de carbón a cielo abierto las 24 horas el día en los corregimientos donde se encuentra asentada una comunidad que se autoidentifica como negros afrodescendientes, cabría en principio sostener, como lo hizo el Juzgado Promiscuo Municipal de Barrancas al decidir esta tutela en primera instancia, que lo procedente era acudir a la acción popular, prevista por el artículo 88 constitucional como mecanismo específico de protección de los derechos colectivos. Frente a este razonamiento se debe precisar que, en caso de ser admitido, solo excluiría la procedencia de esta tutela para conocer lo relacionado con las afectaciones al medio ambiente que alegan los accionantes; no así, en cambio, respecto de la vulneración de los demás derechos fundamentales objeto de controversia, tales como la vida en condiciones dignas, la salud, el agua, la intimidad y el derecho al reconocimiento de la identidad afrodescendiente para cuya protección el constituyente no dispuso las acciones populares, sino la acción de tutela”.

*“Es necesario determinar si en el presente caso existe un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz para obtener la protección de los derechos fundamentales que se estiman conculcados. Podría pensarse, que cuando las autoridades peticionarias exigen el cumplimiento del acuerdo y formulan una serie de pretensiones consecuenciales vinculadas estrechamente a este, plantean que a través de la tutela se proceda a la solución de una controversia de naturaleza contractual.*

*La solución de las controversias que surgen de un convenio o contrato puede lograrse extrajudicialmente acudiendo a cualquiera de los mecanismos previstos en el estatuto contractual, como son la conciliación, la amigable composición, la transacción, incluso la petición de revocación con respecto a actos administrativos contractuales, en los términos de los artículos 5º, 14, 16, 25-5, 27, 60, 68, 69, 70, 71 y 74.*

*Igualmente la solución de las referidas controversias puede obtenerse a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bien sea acudiendo al proceso de ejecución con miras a obtener el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato o promoviendo la correspondiente acción contractual con arreglo a las previsiones contenidas en el artículo 87 del C. C. A.*

*No existe en el caso concreto un medio alternativo de defensa judicial, **porque ni la acción de ejecución ni la acción contractual para obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la consecuencial responsabilidad, que serían formalmente las indicadas para lograr la satisfacción de los derechos derivados del mismo, se juzgan idóneas para amparar los derechos fundamentales, pues tales acciones tienen un contenido eminentemente patrimonial y en todo caso no fueron instituidas para la protección de tales derechos.***

*Se infiere de lo anterior, que no existen instrumentos procesales nítidos para lograr judicialmente el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el Acuerdo del 27 de julio de 1991, porque muchas de las obligaciones establecidas se resuelven en la prestación de servicios públicos y otras están condicionadas a autorizaciones legales para materializarse, ya que suponen la apropiación de recursos oficiales, como las relacionadas con los aportes a la constitución de la sociedad mixta para la explotación de la sal o la creación de un Fondo de Bienestar Social, y en esas circunstancias resultan inaplicables las fórmulas demasiado ortodoxas que el Código Contencioso Administrativo o el Estatuto de Contratación de los Organismos Estatales, consagran para exigir la respectiva responsabilidad contractual<sup>736</sup>. (Se resalta).*

Estos precedentes reflejan entonces, tal como ya se había advertido, que desde la perspectiva de los mecanismos judiciales de protección, los acuerdos logrados en virtud de procesos de consulta previa quedan integrados al derecho fundamental del cual se derivan. Además ratifican su especialidad y la dificultad de aproximarse a las actas de protocolización de acuerdos a partir, exclusivamente, de las nociones clásicas u “ortodoxas” del derecho común.

736 Sentencia T-007 de 1995.

#### 4. Conclusiones preliminares para abordar el problema jurídico planteado: la consulta previa en el contexto de una administración colaborativa y dialógica que debe adaptar sus formas tradicionales de actuación

De lo anteriormente revisado, la Sala puede advertir que el derecho a la consulta previa no se desarrolla con base en criterios tradicionales del derecho común (como la noción de contrato, partes, personería jurídica, prerrogativas públicas unilaterales, etc.), sino a partir del reconocimiento de la diversidad cultural, la autonomía de las comunidades étnicas y el derecho fundamental de estas a adoptar decisiones conforme a sus propias reglas jurídicas, usos y costumbres. Principios como los de sujeción a un procedimiento adecuado, flexibilidad, enfoque diferencial y adecuación cultural nuevamente ponen de presente (i) que cada proceso de consulta previa es diferente (por lo mismo, los posibles acuerdos y sus formas); (ii) que la actuación de las comunidades étnicas debe entenderse en el contexto de sus tradiciones, usos y costumbres; y (iii) que, por lo mismo, sería discutible, desde el punto de vista constitucional, hacer una transposición directa de las categorías jurídicas propias del derecho común a la consulta previa<sup>737</sup>.

Por tanto, nociones del derecho administrativo o contractual aplicadas a las comunidades étnicas y a sus formas de actuación, como, por ejemplo, las de *autoridad pública*, *capacidad jurídica*, *personería jurídica* o *representación legal*, entre otras, pueden resultar insuficientes, e incluso inadecuadas, al intentar establecer la calidad y condiciones en que dichas colectividades concurren a la consulta previa, así como la naturaleza jurídica de las actas de protocolización de cuerdos.

La Sala observa que la calificación jurídica de los diferentes documentos suscritos en desarrollo de las consultas previas, en particular de las actas de protocolización de acuerdos, debe hacerse sin desconocer las características propias del derecho fundamental del cual se derivan y sin sacrificio o desconocimiento del conjunto de derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades étnicas. Es necesario tener presente, como ha señalado la jurisprudencia, que el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación no se limita a la declaratoria de existencia del grupo minoritario diferenciado, sino que implica *“el reconocimiento y ejercicio efectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales, sus instituciones y autoridades de gobierno, y la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida”*<sup>738</sup>.

Desde esta perspectiva, las respuestas a los problemas jurídicos planteados por el organismo consultante deben reflejar la especialidad de esta figura y no podrían comportar una reducción de los mecanismos judiciales de protección de los derechos de las comu-

737 Esta dificultad en la aplicación de las nociones tradicionales del derecho común para el entendimiento de los derechos de las comunidades étnicas, ya ha sido advertida por la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia T-698 de 2011 al señalar que el concepto de propiedad colectiva no puede ser explicado desde la perspectiva tradicional de propiedad individual del derecho civil: “El reconocimiento de las dificultades a las que conduciría asimilar la noción de territorio de las comunidades étnicas a la visión tradicional de propiedad regulada en el ordenamiento civil llevaron a la Corte a adoptar una visión más amplia de la propiedad colectiva de estas comunidades que, siguiendo los parámetros fijados por la jurisprudencia y la doctrina, le da la más importancia a la ancestralidad que a los títulos de dominio”.

738 Sentencia T-005 de 2016.



nidades étnicas, la violación del principio de no asimilación a la cultura mayoritaria o el desconocimiento de sus usos, normas y costumbres.

Como ya ha advertido la jurisprudencia y la doctrina, el derecho administrativo debe adaptarse a nuevas realidades en las que el uso de potestades y prerrogativas públicas en precisas materias coexiste con mecanismos de concertación y diálogo que no necesariamente encajan en las categorías tradicionales de actuación estatal (acto administrativo - contrato estatal). Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

*“La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración”<sup>739</sup>.*

De este modo, la Administración se ha debido adaptar a nuevas fuentes normativas y de obligaciones que surgen, como se ha advertido a partir de la teoría del *soft law*, de la negociación con actores públicos o privados, la búsqueda de técnicas más democráticas de participación y la necesidad de compartir responsabilidades y competencias con otros sectores de la sociedad.<sup>740</sup> En la medida que no todos los consensos sociales quedan expresados en la Constitución y la ley, se pone en evidencia la necesidad *“de adoptar decisiones y alcanzar consensos en espacios y frentes muy diversos”* que no tienen referencias precisas *“desde el sistema formalizado y articulado del derecho público”<sup>741</sup>.*

En este sentido, la transparencia y la concertación han penetrado diferentes escenarios de la actuación administrativa, de modo que *“la concertación con los ciudadanos es promovida previamente a ciertas decisiones (cfr. Encuesta pública democrática, concertación obligatoriamente concertada por las comunas antes de un proyecto de adecuación)”<sup>742</sup>.* Así, la Administración precisa cada vez más *“la cooperación de la iniciativa privada y de la sociedad”<sup>743</sup>,* lo cual *“está modificando las técnicas y los postulados en que se asienta el derecho administrativo”*, en cuanto se produce *“el desplazamiento de un derecho jerárquico hacia un derecho consensuado, y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir”<sup>744</sup>.*

739 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente 2012-00553, reiterada en Sentencia del 18 de julio de 2015, exp. 2011-00271. Antes de estas sentencias la jurisprudencia negaba la posibilidad de demandar circulares de servicio que no pudieran considerarse actos administrativos, esto es, declaraciones de voluntad administrativa productoras de efectos jurídicos. A partir de la consideración de que el derecho administrativo debe adaptarse a las nuevas formas de actuación de la administración, la primera de las sentencias citadas advirtió que *“toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración”*.

740 Sarmiento, Daniel. *El soft law administrativo*. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración. Thomson Civitas, Madrid, 2008. p. 27.

741 Pardo, Esteve, en el prólogo a la obra *El soft law administrativo*, op. cit. p. 17

742 Morand-Deviller, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, traducción del Francés, Bogotá 2010, p. 398.

743 Esto a propósito de la terminación *“convencional”* (no por decisión unilateral) de los procedimientos administrativos en el derecho español (Sánchez Morón, Miguel. *Derecho Administrativo, Parte General, Segunda Edición*, 2006, p. 501).

744 Schmidt-Assmann Eberhard. *El derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 37 y ss.

Con la advertencia, también puesta de presente por la doctrina, de que estas nuevas formas de actuación pública no comportan una debilidad del sistema o una especie de capitulación ante las distintas manifestaciones del “Estado Cooperativo”, sino “*un cambio en las ideas directrices o vertebradoras del Derecho*”<sup>745</sup>, donde la cuestión radica en “*reconducir hacia el derecho administrativo la nueva realidad de la Administración*”<sup>746</sup>, circunstancia esta que, para el caso analizado, viene dada por los nuevos contornos de la democracia participativa a partir del diálogo y el consenso con las comunidades étnicas.

Se trata por demás, de una realidad advertida desde la teoría general del derecho, la cual se ha ocupado de estudiar las nuevas formas de relacionamiento entre el Estado y los ciudadanos y ha señalado que la positivización de los derechos fundamentales y su inclusión en las Constituciones corresponde “*a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico*”<sup>747</sup>. En este sentido, la ley queda sujeta a vínculos no solamente formales sino sustanciales “*impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones*”<sup>748</sup>.

En el derecho colombiano, el reconocimiento de relaciones más horizontales, basadas en la participación y el consenso ha sido entendida como una expresión del carácter democrático de la Constitución<sup>749</sup> y ha permitido dar cabida, por ejemplo, a los “*actos administrativos consensuales*” –en estricto sentido, *actos administrativos derivados de procedimientos consensuados*–, en los cuales, previamente a la adopción de la decisión administrativa, esto es, al uso de las prerrogativas de la decisión unilateral, deben agotarse espacios de concertación con los destinatarios del acto, so pena de nulidad de la decisión definitiva:

*“No obstante lo anterior, en el curso de los últimos tiempos ha irrumpido en el campo del derecho administrativo la figura de los “actos consensuados o consensuales”, como una nueva modalidad de decisiones administrativas, en cuyo proceso de formación y perfeccionamiento debe cumplirse con el consenso entre la administración y el administrado, **sin que por ese hecho los acuerdos alcanzados puedan calificarse de contratos o convenios.***

*Se trata de actuaciones administrativas que obedecen a modernas concepciones inherentes al Estado social y democrático de derecho, gracias a las cuales se admite que las decisiones administrativas también puedan dimanar de la aplicación de procedimientos consensuales a través de los cuales se concretiza el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso de adopción de estas, en tanto que pueden llegar a afectar sus derechos e intereses particulares o colectivos. Desde esa perspectiva, el procedimiento consensuado se constituye en un mecanismo articulador de la participación ciudadana y en un instrumento*

745 Ibidem, p. 38.

746 Ibidem, p. 38.

747 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta. Sexta Edición, 2009, p. 66. Esta misma transformación es advertida por Zagrebelsky que señala: “Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que a una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”. (Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Editorial Trotta, Tercera Edición, 1999, p. 33.

748 Ferrajoli, op. cit., p. 66.

749 Sentencias C-150 de 2015, C-1017 de 2012 y C-179 de 2002, entre otras.

para la ponderación de derechos e intereses, a partir de la celebración de consensos sobre la configuración normativa que deben tener las decisiones de la administración<sup>750</sup>. (Se resalta).

Por tanto, casos como el consultado, enfrentan a la Administración a nuevas formas de actuación, que operan en “escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intraadministrativa como con el sector privado (...) nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral)”<sup>751</sup>. De aquí que, resulte forzoso ampliar las posturas tradicionales “a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar administrativo”<sup>752</sup>. Es así que, en el caso concreto analizado, las actas de protocolización de acuerdos de consulta previa no necesariamente deben encajar en las categorías tradicionales de los actos jurídicos, para que su efecto y fuerza vinculante sea reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, tal como pasa a revisarse.

### C. Las actas de protocolización de acuerdos: contenido y naturaleza jurídica especial

#### 1. Descripción y contenido de las Actas de Protocolización de Acuerdos

De acuerdo con el Protocolo adoptado mediante Directiva Presidencial No. 10 de 2013, la Consulta Previa con las comunidades étnicas se cumple normalmente en cinco etapas, así:

- **Primera etapa:** *Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en orden a establecer si es o no necesaria la consulta previa, al cual se expide a solicitud del ejecutor público o privado del proyecto, obra o actividad.*
- **Segunda Etapa:** *Coordinación y Preparación.*
- **Tercera Etapa:** *Preconsulta.* Su finalidad es realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de exponer el proyecto y definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del proyecto, así como los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.
- **Cuarta Etapa:** *Consulta.* Es la etapa de diálogo entre el Ejecutor del proyecto y las Comunidades Étnicas, con el acompañamiento y supervisión del Estado. En esta fase se dan tres tipos de reuniones: (i) de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo; (ii) de formulación de acuerdos; y (iii) **de protocolización de acuerdos.**

750 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 7 de abril de 2014, expediente 2013-00055, reiterada por la misma Sección en Sentencia del 10 de abril de 2014, expediente 2012-00078.

751 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente 2012-00553.

752 Ibidem.

## - **Quinta Etapa:** Seguimiento de acuerdos.

A lo largo de este proceso participan, principalmente: (i) la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, como responsable, en nombre del Estado, de que la consulta previa se lleve a cabo y cumpla su finalidad<sup>753</sup>; y (ii) las comunidades étnicas y el ejecutor público o privado de la obra o actividad, *entre quienes se suscriben los acuerdos del proceso de consulta previa*. Adicionalmente deben concurrir (iii) la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo como acompañantes del proceso<sup>754</sup> y (iv) las demás entidades públicas interrelacionadas, según el objeto del proyecto obra o actividad (por ejemplo, las entidades responsables del otorgamiento de las licencias ambientales o de protección de los bienes naturales o arqueológicos, etc.)<sup>755</sup>.

En el caso particular de las **Actas de Protocolización de los Acuerdos** logrados en los procesos de consulta previa (cuarta etapa), la Sala observa, luego de revisar diez (10) de dichos documentos<sup>756</sup>, que pese a su diversidad, tienen por lo general la siguiente estructura: encabezado con la fecha, hora, lugar e identificación del proyecto o actividad que da origen a la consulta; relación de los asistentes (no hay menciones especiales a temas de representación legal, competencias o facultades legales, normas habilitantes, ejercicio de autoridad, etc.); oración o ceremonia inicial a cargo de la comunidad étnica; antecedentes del proceso de consulta, del proyecto a realizar y de sus impactos (en algunos casos), presentación o formulación de las propuestas por parte del ejecutor del proyecto (en algunos casos); **relación de los acuerdos** (que figuran más como compromisos del ejecutor del proyecto); verificación del consentimiento de la comunidad étnica<sup>757</sup>; designación de un comité de seguimiento; lectura del acta y firmas.

753 Esta participación es necesaria, como quiera que la responsabilidad constitucional y convencional (en el plano internacional) de asegurar la consulta previa recae directamente en el Estado y no en los ejecutores de los proyectos como tal: “La responsabilidad de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. (...) La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documento 56 del 30 de diciembre de 2009 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Ver también Sentencia C-1051 de 2012).

754 Incluso la Corte Constitucional ha señalado que: “Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento”. (Sentencia T-129 de 2011, reiterada en Sentencia T-256 de 2015).

755 Sentencia T-256 de 2015.

756 Acta de Protocolización de Acuerdos del 18 de febrero de 2016, ejecutor privado Astiyuma S.A.S y Consejo Comunitario Pasacaballos, proyecto Construcción de Embarcaciones Fluviales.

Se escogieron aleatoriamente: (i) Acta de Protocolización de Acuerdos del 30 de mayo de 2014, ejecutor público Invias-Financiera de Desarrollo Nacional y Consejo Comunitario de Bocachica, proyecto Optimización del Canal de Acceso a la Bahía de Cartagena; (ii) Acta de Protocolización de Acuerdos del 17 de marzo de 2016, ejecutor público Invias y Consejo Comunitario Caño de Oro, proyecto obras de protección costera de la Isla de Tierra Bomba; (iii) Acta de Protocolización de Acuerdos del 25 de mayo de 2016, ejecutor privado Enel Green Power Colombia S.A.S y Comunidad Kaushalipa, proyecto Parque Eólico Kuisa 200; (iv) Acta de Protocolización de Acuerdos del 11 de septiembre de 2009, ejecutor público Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Consejos Comunitarios de Juanchaco, Ladrilleros, Puerto España, Miramar, la Barra y Comunidad Negra de la Plata, proyecto para la declaratoria de un área protegida de carácter nacional en la Región de Bahía de Málaga; (v) Acta de Protocolización de Acuerdos del 19 de enero de 2016, ejecutor privado Tuproject S.A.S E.S.P. y el Resguardo Indígena Balsilla Limón, proyecto para el suministro, construcción, operación y mantenimiento de la Subestación TULUNI 230KV y las líneas de transmisión asociadas; (vi) Acta de Protocolización de Acuerdos del 16 de marzo de 2016, ejecutor público Alcaldía de Cartagena- Departamento Administrativo de Valorización y Consejo Comunitario de Ararca, proyecto para la construcción de obras de protección del litoral y conexión vial de la Isla de Barú; (vii) Acta de Protocolización de Acuerdos del 14 de abril de 2016, ejecutor privado Talasa Projecto S.A.S y Resguardo Indígena El Fiera, proyecto Atrato Alto CAA; (viii) Acta de Protocolización de Acuerdos del 23 de junio de 2016, ejecutor privado DVG Ingeniería S.A.S. y resguardo indígena Macagua, Macedonia, El Vergel y Zaragoza, proyecto para la construcción de un muelle fluvial; (ix) Acta de Protocolización de Acuerdos del 23 de junio de 2016, ejecutor privado Andired S.C.C. y Consejo Comunitario del Río Baudó, proyecto nacional de conectividad de alta velocidad; y (x) Acta de Protocolización de Acuerdos del 18 de febrero de 2016, ejecutor privado Astiyuma S.A.S y Consejo Comunitario Pasacaballos, proyecto Construcción de Embarcaciones Fluviales.

757 Normalmente se acude a una fórmulas como “la comunidad manifiesta que todos los acuerdos formulados son objeto de protocolización “(Acta de Protocolización de Acuerdos del 14 de abril de 2016, ejecutor privado Talasa Projecto S.A.S y Resguardo Indígena El Fiera, proyecto “Atrato Alto CAA”); o “El designado del Ministerio del Interior, pregunta al Consejo Comunitario de Ararca y al Departamento Administrativo de Valorización Distrital si están de acuerdo en surtir la etapa de protocolización con los 09 acuerdos mencionados anteriormente, los cuales manifiestan que si se encuentran de acuerdo” (Acta de Protocolización de Acuerdos del 16 de marzo de 2016, ejecutor público Alcaldía de Cartagena- Departamento Administrativo de Valorización y Consejo Comunitario de Ararca); etc.

Se observa así que las actas de protocolización de acuerdos son independientes de los actos jurídicos previos que originan la necesidad de la consulta (concesión, adjudicación de un contrato estatal, etc.) y de aquellos posteriores a la misma (obtención de licencias o permisos, celebración de contratos, registro de actividades, etc.), actos frente a los cuales proceden los medios de control ordinarios, tal como ha aclarado la jurisprudencia<sup>758</sup>. Por tanto, no son parte de ellas la adjudicación de contratos estatales, el otorgamiento de licencias o permisos, o la expedición de actos administrativos en general.<sup>759</sup>

Ahora bien, cada una de las actas consta de un número importante de acuerdos (en general no menos de 10), que en ocasiones se enumeran consecutivamente y en otros casos se organizan por temáticas según el tipo de proyecto. A manera de ejemplo y por su importancia para definir la naturaleza jurídica de estos documentos, a continuación se transcriben algunos acuerdos contenidos en las Actas de Protocolización tomadas como referentes por la Sala:

- *“Astiyuma dará a conocer el estudio de suelos que la empresa realizó para las actividades iniciales de nivelación, donde se identifiquen sus características, formas de abono y recuperación de las áreas internas (...) Astiyuma dará a conocer a la comunidad el manejo de residuos sólidos (...) Astiyuma realizará un taller de fortalecimiento comunitario en los temas: (...) Astiyuma financiará como medida compensatoria la compra, siembra y manutención de 750 árboles frutales (...)”*<sup>760</sup>.

- *“El Proyecto (Inviás –FDN) se compromete a elaborar actas de vecindad a las construcciones e infraestructura pre y pos proyecto (...) a realizar un mejoramiento del muelle en el Sector del Castillo en lo relacionado con la seguridad industrial producto de lo que arroje el diagnóstico de estructura (...) al trasplante de corales y se sembrarán en otro lugar antes del dragado (...) las medidas de compensación correspondientes a los impactos conjuntamente identificados al componente Territorio, Sociocultural y Económico será de un monto único y máximo de \$3.000.000.000 (Tres mil millones de pesos m/cte), monto que será distribuido porcentualmente en los proyectos y lineamientos que se registran a continuación [luego aparece un cuadro de proyectos]”*<sup>761</sup> (Corchete fuera de texto).

- *“El proyecto (Inviás) se compromete, para la construcción de las obras complementarias, a dar prioridad al personal y proveedores que pertenezcan al Consejo Comunitario de Caño*

758 Sentencia T-766 de 2015: “Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente”.

759 Por ejemplo, en el caso de licencias ambientales, el ejecutor público o privado agota un proceso previo de consulta previa (en los casos en que la actividad vaya a desarrollarse en lugares donde habitan comunidades étnicas), pero la decisión sobre el otorgamiento de la licencia se adopta de manera autónoma por la autoridad ambiental en un acto independiente y separado al acta de protocolización de acuerdos (Artículos 2.5.3.1.1 a 2.5.3.1.19 del Decreto Único Reglamentario 1066 de 2015 del Sector Administrativo del Interior. En particular, el artículo 2.5.3.1.13 señala: “(...) 8. Agotado el objeto de la reunión, la autoridad ambiental competente, la dará por terminada, dejando constancia de lo ocurrido en el acta y continuará con el trámite establecido en la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 1753 de 1994 compilado en el Decreto Reglamentario Único del Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el objeto de tomar una decisión sobre el otorgamiento o negación de la licencia ambiental o del establecimiento del plan de manejo ambiental”. En concordancia con el artículo 2.5.1.17 sobre permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables).

760 Acta de Protocolización de Acuerdos del 18 de febrero de 2016, ejecutor privado Astiyuma S.A.S y Consejo Comunitario Pasacaballos, proyecto Construcción de Embarcaciones Fluviales.

761 Acta de Protocolización de Acuerdos del 30 de mayo de 2014, ejecutor público Inviás-Financiera de Desarrollo Nacional y Consejo Comunitario de Bocachica, proyecto Optimización del Canal de Acceso a la Bahía de Cartagena.

*de Oro para ser tenidos en cuenta en sus procesos de selección, siempre y cuando cumplan con los requisitos y perfiles exigidos por las empresas (...) a realizar monitoreos sobre la calidad del agua, sedimentos e hidrobiológicos, durante y después (en el marco del plan de manejo ambiental del estudio) de la construcción del proyecto de protección costera (...)*<sup>762</sup>

- *“La empresa [Enel Green Power] dispondrá de un apoyo correspondiente a un millón de pesos colombianos (\$1.000.000 COP) mensual, para cada una de las comunidades firmantes de la presente acta, a partir de la obtención de la licencia ambiental del proyecto hasta el inicio de la construcción del mismo, y estará destinado al desarrollo de proyectos definidos por la comunidad y la empresa (...) La Construcción del parque eólico KUISA 200 o Tumawind dependerá de...la obtención de la licencia ambiental otorgada por la autoridad ambiental competente (...)*<sup>763</sup> (Corchetes fuera de texto).

- *“A. Declarar<sup>764</sup> el Parque Nacional Natural Uramba Bahía Málaga, como área del Sistema de Parques Nacionales (...) F. La declaración del parque nacional natural no implicará un proceso de reubicación de las comunidades asentadas por parte de la Unidad de Parques Nacionales (...) G. La planeación y el Manejo del Parque Nacional Natural Uramba Bahía Málaga se realizará de manera conjunta entre la Unidad de Parques Nacionales Naturales y los consejos comunitarios de Bahía Málaga, una vez declarado el área (...)*<sup>765</sup>

- *“Después de varias intervenciones por parte de la comunidad del Resguardo Indígena Balsillas Limón y la empresa Tuproject S.A.S.E.S.P, se acuerda una compensación económica por parte del ejecutor del proyecto por valor del \$80.000.000., los cuales serán destinados a la ejecución de los siguientes proyectos: 1. Proyecto Ganadero Doble Propósito. Consiste en la formulación y presentación de un proyecto con el objeto de compra de 20 Novillas doble propósito por valor aproximado de \$27.000.000, de pesos M/cte. 2. Proyecto Mejoramiento Sede Social. Consiste en la formulación y presentación de un proyecto con el objeto de cambio de cerchas, pañete, pintura, construcción de dos (2) unidades sanitarias (baños), remodelación cocina, dotación de 50 sillas y tablero acrílico –la mano de obra se incluirá en el presupuesto- por valor aproximado de \$17.000.000, de pesos m/cte. 3. Proyecto Motobomba y Tubería de Riego (...)*<sup>766</sup>.

- *“Como medidas de compensación, el Distrito de Cartagena a través del Departamento Administrativo de Valorización Distrital se compromete a: 1. Apoyar un proyecto y capacitación en ecoturismo con un programa de generación de ingresos en el sector Playa de los Coquitos, previa concertación entre las partes; 2. Pavimentación faltante de la calle San Martín, la calle de Las Flores y el empalme de la calle de La Loma para un total de 560 metros lineales, lo cual se iniciará una vez comience con la construcción del tramo Playetas.*

762 Acta de Protocolización de Acuerdos del 17 de marzo de 2016, ejecutor público Invias y Consejo Comunitario Caño de Oro, proyecto obras de protección costera de la Isla de Tierra Bomba.

763 Acta de Protocolización de Acuerdos del 25 de mayo de 2016, ejecutor privado Enel Green Power Colombia S.A.S y Comunidad Kaushalipa, proyecto Parque Eólico Kuisa 200.

764 Se aclara que del contexto del acta se desprende que en ésta no se hace la declaratoria de parque natural. En este acuerdo solamente se refleja la aceptación de la comunidad étnica para que esa declaración se haga por la Unidad de Parques Nacionales en acto administrativo posterior.

765 Acta de Protocolización de Acuerdos del 11 de septiembre de 2009, ejecutor público Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales y Consejos Comunitarios de Juanchaco, Ladrilleros, Puerto España, Miramar, la Barra y Comunidad Negra de la Plata, proyecto para la declaratoria de un área protegida de carácter nacional en la Región de Bahía de Málaga.

766 Acta de Protocolización de Acuerdos del 19 de enero de 2016, ejecutor privado Tuproject S.A.S.E.S.P. y el Resguardo Indígena Balsilla Limón, proyecto para el suministro, construcción, operación y mantenimiento de la Subestación Tuluni 230KV y las líneas de transmisión asociadas.

3. Apoyar un proyecto de cultura integral, el cual se llamará “Son de Ararca” con música, danza, teatro, y dotación, previa concertación entre las partes. 4. Adquisición de dos predios con un área conjunta de 494 metros cuadrados, los cuales serán destinados para la Plaza de la Iglesia de Ararca (...)<sup>767</sup>

- “Durante la construcción del proyecto, la empresa titular del proyecto implementará siembra de un (1) cebadero ara atraer la fauna dispersa durante la etapa de construcción (...) implementará por lo menos un proyecto de piscicultura (cría de peces) en el área del resguardo El Fiera (...) realizará siembra de árboles a la orilla del río Atrato (...) compensará a la comunidad con la financiación de un proyecto productivo que busque el mejoramiento de la calidad de vida del resguardo El Fiera, respetando sus usos y costumbres, dentro de sus territorio colectivo. Los proyectos serán concertados entre la comunidad del resguardo El Fiera y la empresa, por un valor de \$450.000.000 (...)<sup>768</sup>

- “La empresa se compromete a adicionar una extensión de 9 metros a la estructura como medida de compensación (...) a contratar la mano de obra no calificada para la obra dentro de la comunidad (...) la comunidad solicita que alguna parte de los sobrantes de la tinería se les deje para uso doméstico (...)<sup>769</sup>

- “La empresa UT Andired se compromete a no utilizar herramientas que generen ruidos en las horas de la noche para no ahuyentar a los animales (...) a prohibir la caza por parte de sus empleados en el territorio de la comunidad (...) a talar los árboles solo del área donde quedará la infraestructura de telecomunicaciones (...) a evitar el máximo de vertimientos que se puedan producir en el desarrollo de la obra (...) a que sus empleados respetarán a todos los miembros de la comunidad y las normas internas de la comunidad (...) hacer efectiva la siguiente compensación por el uso del territorio: Servicio de internet conexión a banda ancha por la vida útil de la torre en un sitio definido por la comunidad... un teléfono IP con 150 minutos mensuales, para la comunidad ... 4 computadores portátil... 1 impresora (...)<sup>770</sup>.

Puede verse cómo los acuerdos están formulados no como decisiones de autoridad, sino a manera de compromisos por parte de los ejecutores públicos o privados (el ejecutor dará, se compromete a, dispondrá de, financiará el proyecto, etc.), y que en general dependen de acciones posteriores para su concreción. Por su parte, las comunidades étnicas, en ejercicio de su derecho fundamental de participación, *otorgan su consentimiento* sobre la base de los compromisos que asumen los ejecutores públicos y privados del proyecto, obra o actividad.

De modo que las actas analizadas contienen, como su nombre lo indica, *un acuerdo o concurso de voluntades* tendiente a desarrollar y hacer efectivo el derecho de las comu-

767 Acta de Protocolización de Acuerdos del 16 de marzo de 2016, ejecutor público Alcaldía de Cartagena- Departamento Administrativo de Valorización y Consejo Comunitario de Ararca, proyecto para la construcción de obras de protección del litoral y conexión vial de la Isla de Barú.

768 Acta de Protocolización de Acuerdos del 14 de abril de 2016, ejecutor privado Talasa Projecto S.A.S y Resguardo Indígena El Fiera, proyecto “Atrato Alto CAA”.

769 Acta de Protocolización de Acuerdos del 23 de junio de 2016, ejecutor privado DVG Ingeniería S.A.S. y resguardo indígena Macagua, Macedonia, El Vergel y Zaragoza, proyecto para la construcción de un muelle fluvial.

770 Acta de Protocolización de Acuerdos del 23 de junio de 2016, ejecutor privado Andired S.C.C. y Consejo Comunitario del Río Baudó, proyecto nacional de conectividad de alta velocidad.

nidades étnicas a participar de las decisiones que los puedan afectar, lo que le otorga a tales documentos un evidente *carácter bilateral* y excluye la aplicación de figuras de imposición unilateral de la voluntad administrativa, tal como pasa a revisarse.

## 2. Naturaleza jurídica de las actas de protocolización de acuerdos y respuesta a los interrogantes planteados

Visto el contexto constitucional y legal de la consulta previa y examinado el contenido de las Actas de Protocolización de Acuerdos, le corresponde a la Sala dar respuesta al interrogante planteado por el Ministerio del Interior sobre la naturaleza jurídica de estos documentos, los cuales, según el organismo consultante, serían actos administrativos si se pudiera considerar que quienes intervienen en ellos como partes (ejecutores públicos o privados y comunidades étnicas) actúan de alguna manera como autoridades públicas. Bajo esta perspectiva el acento en la respuesta no estaría puesto en el contenido del acta (criterio material) sino en quienes las suscriben (criterio orgánico).

Para resolver este problema es preciso recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido los actos administrativos como *“aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad de la Administración tendientes a producir efectos jurídicos, esto es, encaminados a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, ya sea de carácter subjetivo, particular, como en el caso de los permisos, un nombramiento y otorgamiento de una licencia, o de carácter general u objetivo, como resulta, por ejemplo, del ejercicio de la potestad reglamentaria”*<sup>771</sup>.

Por tanto, se ha entendido que el acto administrativo *“es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas”*<sup>772</sup>, y que la forma normal de acción administrativa *“es el acto unilateral, creador de derechos y obligaciones respecto de los administrados, manifestación del poder público y revelador de la situación de desigualdad entre la Administración y los particulares”*<sup>773</sup>.

Contrario a lo señalado en la consulta, la jurisprudencia ha aclarado expresamente que para determinar si se está frente a un acto administrativo, no es relevante quién actúa (criterio orgánico), sino *“cómo actúa un sujeto”* (criterio material), en la medida en que *“la constatación de si se está o no ante un acto administrativo debe obedecer a un análisis material del tipo de decisión que se adopta y de los fines que se persiguen con ella”*.<sup>774</sup> Por tanto, con *“independencia de la fachada que pueda recubrir una determinada decisión o actuación en virtud del criterio orgánico o subjetivo, es preponderante la finalidad que*

771 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de junio de 2015, expediente 2011-00271. Ver también Sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente 1995-3531. “... los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, vincular a los administrados”.

772 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 2011-00126-01. Ver también de la Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 1994-10227. Igualmente Auto de la Sección Segunda del 29 de marzo de 2016, expediente 2012-0680.

773 Morand-Deviller, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, traducción del Francés, Bogotá 2010, p. 370.

774 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 14 de abril de 2016, expediente 2008-00023.



***persigue y si ella es o no expresión de alguna prerrogativa de poder público***<sup>775</sup>, entendida esta (la prerrogativa pública) como la posibilidad de un sujeto de derecho de “*imponerse de manera unilateral y con plenos efectos sobre otros*”<sup>776</sup>, por los fines de interés general que se persiguen con la respectiva actuación. Es por esto, que el acto administrativo puede provenir indistintamente de la Rama Ejecutiva como tal, o de otra rama u órgano del poder público, o de un particular en ejercicio de funciones administrativas.

En este sentido, la doctrina ha señalado que el acto administrativo, entendido como “*toda reglamentación soberana de un acto particular, por una autoridad, con efecto jurídico inmediato y externo*”, comporta, entre otros aspectos, (i) una orden jurídicamente vinculante; (ii) una regulación soberana y unilateral; y (iii) el ejercicio de autoridad<sup>777</sup>. De este modo, cuando se expide un acto administrativo se actúa “*como un poder jurídico dotado de prerrogativas*”<sup>778</sup>.

Por tanto, la calificación de un acto jurídico como acto administrativo “*requerirá que se verifique en él una realidad material específica, a saber, el ejercicio, de una prerrogativa pública, entendida como la facultad que le confiere el ordenamiento jurídico a un sujeto para imponer su voluntad frente a otros*”<sup>779</sup>. Es precisamente esta condición -la de ser expresión de una potestad pública establecida en defensa del interés general-, la que hace que el acto administrativo (a diferencia de los actos privados de los particulares), tengan presunción de legalidad y carácter ejecutivo y ejecutorio para garantizar su cumplimiento aún en contra de la voluntad de sus destinatarios (artículos 88 a 90 del CPACA).

En consecuencia, el solo hecho de que una persona o entidad sea considerada formalmente “*autoridad pública*”, no determina necesariamente que todas sus actuaciones sean actos administrativos. Según lo expuesto, este tipo de actos jurídicos presuponen, con independencia de quien lo expida, el ejercicio de una potestad administrativa a partir de la cual se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas<sup>780</sup>. Por tanto, para responder los interrogantes planteados en la presente consulta, la calidad pública o privada de los ejecutores del proyecto, obra o actividad o el hecho de que las comunidades étnicas puedan o no ser consideradas “*autoridades*”, resulta irrelevante si materialmente, por su contenido, las actas de protocolización de acuerdos no tienen las condiciones para ser consideradas “*actos administrativos*”, esto es, se repite, “*producto del ejercicio de poder público en su modalidad de función administrativa*”<sup>781</sup>.

775 *Ibidem*.

776 *Ibidem* En la doctrina administrativa clásica Zanobini explica así este elemento del acto administrativo: “c) Dicho sujeto debe cumplir la declaración ‘en el ejercicio de una potestad administrativa’. Esto implica varias consecuencias. En primer lugar, el acto debe ser productor de efectos jurídicos, porque ese es el efecto propio del ejercicio de toda potestad. (Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 312).

777 Maurer Harmut, Introducción al Derecho Alemán, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, pp. 77 y ss. Del mismo autor ver Derecho Administrativo, Parte general, Marcial Pons, Madrid, 2011., p. 218 y ss. También Prosper Weil: “La administración puede modificar unilateralmente la situación jurídica de los administrados sin pasar por el juez: no emite simples pretensiones, sino que toma verdaderas decisiones. La decisión ejecutoria puede así definirse como la manifestación de la voluntad de la administración con el objeto de producir efectos jurídicos”. (Weil, Prosper. Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, Traducción a la edición francesa de 1966, p. 85).

778 Escuin Palop, Vicente. Elementos de Derecho Público, Cuarta Edición, Tecnos, 2005, p. 94. Sobre el carácter regulador del acto administrativo y su condición de ser expresión de una potestad pública, ver también Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el acto administrativo, Thomson Civitas, 2006, pp. 34 y ss.

779 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 14 de abril de 2016, Expediente 2008-00023.

780 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 18 de octubre de 2001, expediente 2000-6402.

781 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2012, expediente 1999-00111. Según Alessi, una de las características de la función administrativa es que quien la ejerce se presenta como titular de un poder soberano frente a los particulares, que comporta “el poder de hacer prevalecer coactivamente su voluntad sobre la de los particulares, concretándose en esto, sustancialmente, la potestad de imperio”.

Establecido lo anterior y revisado el contenido material de las Actas de Protocolización de Acuerdos (*infra B, 1*), la Sala considera que estos documentos, independientemente de que se suscriban por ejecutores públicos o privados y de que las comunidades étnicas puedan o no ser consideradas autoridades dentro de su territorio, no son actos administrativos, en la medida en que además de su *carácter bilateral*, no son resultado del ejercicio de prerrogativas públicas ni contienen “decisiones” administrativas por parte de quienes intervienen en ellas en calidad de partes, garantes o entidades interrelacionadas.

Como se revisó, los procesos de consulta previa son espacios de diálogo “*entre iguales*” que se dan en el contexto de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, donde los ejecutores públicos o privados de proyectos no concurren para ejercer prerrogativas de poder público sobre sus interlocutores, sino, por el contrario, para dialogar y presentar ofrecimientos y propuestas tendientes a facilitar la realización de las respectivas obras o actividades. Por su parte, cuando las comunidades étnicas manifiestan su aceptación a las propuestas hechas por los ejecutores públicos o privados, tampoco lo hacen en expresión de un acto de autoridad propio (a manera de autorización, permiso o concesión), sino como detentadores de un derecho constitucional y reforzado de participación.

Además, la calificación de las actas de protocolización de acuerdos de procesos de consulta previa como actos administrativos se torna incompatible con los atributos propios de un acto administrativo, v. gr. la presunción de legalidad, la ejecutoriedad, la ejecutividad, y la revocabilidad, en la medida en que el ejercicio de tales atributos no se podría asignar, como un poder estatal, a las comunidades étnicas o a los ejecutores públicos o privados que suscriben las actas, quienes, se repite, no acuden a la consulta como autoridades con capacidad de imponer unilateralmente su voluntad.

A juicio de la Sala, se trata pues de un *acto jurídico*<sup>782</sup> *bilateral de naturaleza especial*, cuya fuerza vinculante no deriva del ejercicio de una prerrogativa pública decisoria de quienes participan en los procesos de consulta previa, sino del “*acuerdo de voluntades*” que surge entre el ejecutor del proyecto y las comunidades étnicas, el cual se ve reforzado por los derechos fundamentales en que se apoya, el respeto debido al acto propio y la buena fe de las partes.

Tal como se advirtió en la primera parte de este concepto, la consulta previa en sus diferentes fases se desarrolla dentro de un contexto normativo especial, en el que, precisamente, el ejercicio de autoridad y la imposición de decisiones estatales se ve sustituida por mecanismos de consenso y acuerdo que, sin llegar a convertirse tampoco en contratos o convenios -particularmente en las clasificaciones tradicionales que se ha dado a estos conceptos-, le dan mayor legitimidad a los proyectos públicos y privados

---

(Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 181). En igual sentido Rivero: “*En el derecho administrativo, al contrario, la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. Es esta una prerrogativa característica de la potestad pública. La decisión ejecutoria es el acto por el cual la administración pone en marcha este poder de modificación unilateral de las situaciones jurídicas*” (Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*, Dalloz, 1980, p. 100).

782 En la clásica identificación de Dugüit, quien señala que para que haya acto jurídico se necesita (i) una manifestación exterior de voluntad y (ii) que esta manifestación exterior de voluntad se realice con la intención de que se produzca un efecto jurídico. (Dugüit, León. *Lecciones de derecho público general*. Marcial Pons, 2011, p. 67. Ver también Ferrera, Luigi. *El Negocio Jurídico*. Aguilar, Madrid, 1956, p. 27 y ss; y Merkel, Rodolfo. *Enciclopedia Jurídica*, Editorial Reus, 1924, p. 142).

que se adelantan en los territorios de las comunidades étnicas, en su calidad de titulares de derechos fundamentales de participación. Por tanto, sería contrario a la filosofía y a los principios mismos de la consulta previa, que las reuniones de acuerdos y las actas de protocolización fueran utilizadas simplemente para que las autoridades públicas o los particulares que desarrollan proyectos propios o por delegación o concesión del Estado, ejerzan potestades públicas y actúen sobre la base de un poder de dirección o mando sobre las comunidades étnicas. Debe recordarse que en términos constitucionales, las actas de protocolización de acuerdos, son la concretización de la finalidad misma de la consulta previa de lograr *el consentimiento libre e informado acerca de las medidas propuestas* (artículo 6º Convenio 189 OIT).

Según se indicó, en el derecho contemporáneo existen modos de gestionar los asuntos públicos en los que *“la Administración renuncia, en principio, a imponer de forma imperativa y unilateral su propio criterio y se esfuerza en encontrar un punto de equilibrio adecuado entre los intereses públicos por los que debe velar en todo caso y los intereses particulares de las personas físicas o jurídicas”*<sup>783</sup> y más especialmente, como en el caso analizado, de los grupos humanos que son titulares de un derecho fundamental reforzado de participación.

Cabe aclarar que las actas de protocolización de acuerdos de consulta previa tampoco podrían considerarse *actos administrativos consensuales*, a los que ha dado cabida recientemente la jurisprudencia del Consejo de Estado (*infra A, 4*). Si bien es común a ambos tipos de actos jurídicos la existencia de espacios de concertación y diálogo, lo cierto es que las actas de protocolización de acuerdos, además de que no comportan el ejercicio de prerrogativas públicas por parte de ninguno de los intervinientes, *son fuente de obligaciones por sí mismas* (vinculantes)<sup>784</sup>, mientras que, en los actos administrativos precedidos de procedimientos consensuales, el consenso y los eventuales acuerdos son apenas una etapa del procedimiento administrativo, cuya obligatoriedad queda condicionada a la expedición de un *acto definitivo, posterior y unilateral* que les de valor<sup>785</sup>, situación esta que, se reitera, no se da en el caso de los acuerdos de consulta previa.

Se reitera entonces que las actas de protocolización de acuerdos, como expresión de los efectos de un derecho fundamental de participación, signado por el reconocimiento de la diversidad cultural, la autonomía de las comunidades étnicas y el derecho fundamental a adoptar sus decisiones *conforme a sus propias reglas jurídicas, usos y costumbres*, no se pueden reconducir hacia las lógicas tradicionales del derecho administrativo o contractual. Como se ha advertido, este tipo de actos jurídicos son un componente esencial de la democracia participativa que dota de legitimidad las decisiones públicas o privadas que impactan a las comunidades étnicas. Reflejan además nuevas formas de actuación basadas en el consenso y en la construcción cooperativa de políticas públicas, en las que

783 García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Décimo Tercera Edición. 2013, p. 528.

784 Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016.

785 “Como su propio nombre lo indica, en esta modalidad de actos administrativos [los consensuales], la decisión vinculante proferida por la autoridad competente, viene a ser fruto del acuerdo previamente celebrado con quienes tienen la vocación de convertirse en sus futuros destinatarios (...). En todo caso, **es importante destacar que el acuerdo celebrado no produce en sí mismo y de manera directa e inmediata un efecto vinculante para las partes, pues su carácter ejecutorio se encuentra supeditado, en primer término, a la expedición de un acto administrativo que concrete y formalice la decisión acordada y, en segundo lugar, al consecuente cumplimiento de los respectivos trámites de publicación y/o notificación**”. (Corchete fuera de texto, se resalta. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 10 de abril de 2014, expediente 2012-00078).

el interés general no se contraponerse sino que reconoce y se articula con los intereses colectivos e individuales.

En este orden de ideas, la Sala concluye que las actas de protocolización de acuerdos son *actos jurídicos bilaterales de naturaleza especial*, los cuales son obligatorios y vinculantes para las partes que las suscriben. Se rigen por las normas convencionales, constitucionales y legales que regulan la consulta previa y su cumplimiento podrá lograrse a través de la acción de tutela o de cualquier otro medio que permita asegurar la eficacia de lo pactado, lo cual deberá analizarse en cada caso concreto. Así por ejemplo, la Sala no descarta que las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en las actas de protocolización de acuerdos puedan ser consideradas títulos ejecutivos<sup>786</sup> originadores de procesos de ejecución -en caso de incumplimiento de lo pactado-, sin perjuicio, se reitera, de la procedencia de la acción de tutela en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales conculcados.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

- “1. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa suscrita entre autoridades representativas de un resguardo indígena y una autoridad pública responsable de la ejecución de un proyecto, obra o actividad?*
2. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa suscrita entre autoridades representativas de un resguardo indígena y una empresa privada responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*
3. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de una parcialidad indígena y una entidad pública responsable de ejecutar un proyecto, obra o actividad?*
4. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de una parcialidad indígena y un ejecutor privado responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*
5. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de un consejo comunitario de comunidades negras y una autoridad pública responsable de la ejecución de un proyecto, obra o actividad?*
6. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de un acta de protocolización de acuerdos de consulta previa firmada entre autoridades representativas de un consejo comunitario de comu-*

<sup>786</sup> C.G.P. “**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 (...)”

*nidades negras y una empresa privada responsable de desarrollar un proyecto, obra o actividad?*

Las actas de protocolización de acuerdos, con independencia de la calidad o condición de las partes que las suscriban, son actos jurídicos bilaterales de naturaleza especial, obligatorios y vinculantes para las partes que los suscriben. Se rigen por las normas convencionales, constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la consulta previa y su cumplimiento puede obtenerse a través de la acción de tutela o de cualquier otro medio que sea adecuado para asegurar la eficacia de lo pactado, según el tipo de acuerdo alcanzado en cada caso particular.

Además, en la medida en que los acuerdos contenidos en las actas de protocolización de consulta previa sean incorporados y tenidos en cuenta para la expedición de actos administrativos posteriores (p.ej. en las licencias ambientales o en las concesiones o permisos para la realización de una obra o actividad), tendrán también la protección y atributos propios de este tipo de actos jurídicos.

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

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

### 3. Consulta previa. Protocolo de Nagoya.

#### Radicado 2334

Fecha: 20/06/2017

Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 15 de enero de 2018

El Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible consulta a la Sala acerca de la necesidad de agotar la consulta previa con las comunidades étnicas para iniciar el proceso de ratificación del “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización” y para las medias legislativas que desarrollen de manera específica el objetivo del tratado.

#### I. Antecedentes

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización” fue adoptado en el año 2010 en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su entrada en vigencia inició en el año 2014.

2. A pesar de que Colombia tuvo un papel activo en la negociación del tratado y fue el primer país en firmarlo (en febrero de 2011), aún no ha iniciado el proceso de ratificación.

3. El Protocolo se aplica a los recursos genéticos definidos en el artículo 2º del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su ámbito de aplicación se extiende a los beneficios que se derivan de la utilización de los referidos recursos. También se refiere a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

4. El Protocolo constituye un instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional, que actúa como salvaguarda para los pueblos indígenas y comunidades locales y demanda de los obligados garantizar el respeto y la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, así como también el reconocimiento de los beneficios a la respectiva comunidad.

5. A través de la Ley 31 de 1967 se incorporó al ordenamiento nacional el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre “Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes”, iniciándose de esta manera la protección de los derechos de los grupos étnicos. Posteriormente mediante la Ley 21 de 1991 se adoptó el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes”, el cual obliga a los Estados partes a considerar el parecer de los pueblos indígenas y tribales antes de proferir decisiones legislativas o administrativas que puedan afectarlos. Lo anterior con el fin de permitir a las comunidades asumir el control de sus instituciones y de sus formas de vida, y decidir lo pertinente a

su desarrollo económico. El Convenio, en virtud del artículo 93 de la Carta Política, hace parte del bloque de constitucionalidad.

6. La consulta de los pueblos indígenas para la adopción de medidas administrativas y legislativas que los afecten encuentra reconocimiento, además del artículo 6° del referido Convenio 169 de la OIT, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

7. Asimismo, la Constitución Política concede especial protección al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos en aquellas decisiones que los puedan afectar, protección que se traduce en permitir que las comunidades participen de manera libre, previa e informada.

8. Frente a la necesidad de adelantar un procedimiento de consulta previa para la ratificación de protocolos o tratados internacionales de carácter general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-317/12 que la consulta no debía realizarse respecto a la medida legislativa, sino ante los posteriores desarrollos derivados de esta, los cuales son los que finalmente regulan la materia.

9. Sin embargo, esta postura fue modificada posteriormente a través de la decisión C-1051/12, en el sentido que de la obligación de consultar a las comunidades étnicas surgía, independientemente de si la medida legislativa es de carácter general y requiere de acciones ulteriores para su aplicabilidad.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible formula las siguientes preguntas:

*1. “¿Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, ¿considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a: i) las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, ii) la consulta previa a las comunidades étnicas y iii) el Protocolo de Nagoya.

#### **1. Las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012**

Teniendo en cuenta que el ministerio consultante se refiere a las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, a continuación la Sala hará una breve referencia de cada una de estas decisiones.

### 1.1. La sentencia C-317 de 2012

En esta decisión la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del Acto Legislativo 05 de 2011, “*por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones*”. Dentro de su análisis la Corte identificó el siguiente problema jurídico:

*¿El Acto Legislativo 05 de 2011 conlleva una afectación directa, específica y particular sobre los pueblos indígenas y tribales del país, en forma tal que se active la obligación internacional y constitucional del Gobierno colombiano de llevar a cabo un proceso de consulta previa antes de su trámite ante el Congreso?*

Frente a este interrogante, la respuesta fue negativa al considerarse que:

*“(...) el Acto Legislativo 05 de 2011 no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2 del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia” (...).*

*Por las anteriores razones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011, al no incorporar en sí mismo ninguna medida susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país, no debía ser obligatoriamente materia de consulta previa – lo que sí ocurrirá con la ley de desarrollo del sistema de regalías a la que alude el inciso 2 del nuevo artículo 360 de la Constitución, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo que se revisa”.*

Adicionalmente, la Corte exhortó al Congreso a establecer un marco legal que regule en forma comprensiva y consistente con el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes a la consulta previa, libre e informada de las medidas legislativas, administrativas u otras, que les puedan afectar directamente.

### 1.2. La sentencia C-1051 de 2012

En esta oportunidad la Corte adelantó el proceso de revisión automática de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, “*por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales’, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991*”. El Tribunal Constitucional, luego de haber revisado las reglas sobre la consulta previa en materia de tratados internacionales, concluyó:

*“(...) la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A jui-*



*cio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural. (...) No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en este, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan.(...) el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que estas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio”.*

Finalmente, la Corte resolvió declarar inexecutable la Ley 1518 del 13 de abril de 2012.

Es importante destacar que la Sala no encuentra contradicción entre las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, pues la diferencia del resultado entre ellas obedeció a las características particulares de cada asunto. Así, a pesar de que en ambas decisiones se adelantó el mismo examen jurídico, esto es, si la medida a adoptar afectaba directamente a las comunidades étnicas, el contenido y alcance propio de cada una de las medidas estudiadas llevó a conclusiones distintas. Esta situación no debe percibirse como extraña a la luz de la jurisprudencia nacional, habida cuenta que esta ha señalado que la determinación de la afectación directa debe hacerse caso a caso.

## 2. La consulta previa

De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado colombiano es democrático, participativo y pluralista<sup>787</sup>. Como expresión de este carácter, la diversidad étnica y cultural es objeto de especial protección dentro de nuestro ordenamiento<sup>788</sup>.

787 “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

788 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Constitución Política, artículo 7º. “Desde muy temprano esta Corporación ha entendido que el pluralismo es un objeto de especial reconocimiento y protección constitucional, puesto (i) que en Colombia existe una alta diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) constitutivas de la identidad general del país y (iv) titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

Uno de los mecanismos que existen para materializar este deber lo constituye el derecho fundamental a la consulta previa<sup>789</sup>, la cual ha sido concebida como:

*“[L]a garantía instituida a favor de los pueblos indígenas y tribales de contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos (i) proyectos, obras o actividades (tema objeto de consulta), o (ii) medidas legales o administrativas, que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones”<sup>790</sup>.*

A través de la consulta previa se busca que las comunidades étnicas puedan decidir sus prioridades en materia de desarrollo y organización y que las medidas que las afecten sean respetuosas de su vida, creencias e instituciones<sup>791</sup>.

El derecho a la consulta previa encuentra fundamento jurídico tanto en instrumentos internacionales, como en disposiciones del orden nacional. Así, debe mencionarse principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 21 de 1991. El Convenio tiene como uno de sus objetivos promover la participación de los referidos pueblos en las decisiones que los afectan<sup>792</sup>. En línea con este propósito, el artículo 6º señala:

*“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

*a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

789 “En el desarrollo de su jurisprudencia, en particular en la sentencia C-169 de 2001, reiterada por la sentencia SU-383 de 2003 entre otras, esta Corporación ha indicado que una de las formas de materializar dicha protección constitucional, se da a través del ejercicio del derecho que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afectan”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. “La Corte ha destacado que el derecho fundamental a la consulta previa tiene sustento constitucional en la visión pluralista de nuestra sociedad, en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables (artículo 13 C. P.); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación (artículo 7º C. P.) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 C. P.)”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2014, T-396/14. “El derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que tengan el potencial de afectarlos, advirtió, es una modalidad de participación de amplio espectro, que además es la “la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 2015, T-550/15.

790 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290). “En otros términos, de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

791 “Así la consulta previa se basa en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades dentro de los procesos de desarrollo y planes de organización que tengan dentro de su comunidad, haciendo que las decisiones y las medidas tomadas por el Estado concuerden a la explotación de recursos naturales, a planes de desarrollo sostenible o en medidas que afecten a estas comunidades, sean proporcionales, coherentes y respetuosas de sus vidas, sus creencias, instituciones y bienestar espiritual, de la cosmovisión en el uso y utilización de la tierra y sus recursos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B.

792 “Este Convenio, el 169, se enmarca dentro de un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que las afecta. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Tratado. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos, no atribuidos, por el Convenio 169 de la OIT. (...) Ahora bien, en este Convenio existe un especial interés en que las decisiones que puedan afectar los derechos indígenas, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado. Esa institución fue denominada por ese instrumento como el derecho a la consulta previa. Sin embargo, como se señaló, el Convenio no solamente se refiere a este derecho pues la consulta tan solo opera como el instrumento que garantiza que sus tradiciones, identidad y autonomía como pueblo no sean cooptadas por la sociedad mayoritaria”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

*b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.*

Asimismo a nivel internacional también se destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual establece en su artículo 19:

*“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a n de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.*

A la luz del ordenamiento nacional, el derecho fundamental a la consulta previa encuentra sustento en los siguientes artículos de la Constitución Política: i) 1º, el cual establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, ii) 2º, que señala como uno de los fines estatales la participación de todos en las decisiones que los afectan, iii) 7º, que impone al Estado la obligación de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, iv) 40, disposición que reconoce el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, y v) 330, el cual señala que para la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas debe propiciarse la participación de las respectivas comunidades<sup>793</sup>.

El derecho a la consulta previa ha sido también desarrollado a través de otros instrumentos legales y administrativos. Dentro de estos pueden señalarse: i) la Ley 70 de 1993<sup>794</sup>, ii) la Ley 99 de 1993<sup>795</sup> (artículo 76)<sup>796</sup>, iii) el Decreto 1320 de 1998<sup>797</sup>, iv) la Directiva Presidencial 10 de 2013<sup>798</sup> y v) el Decreto 2163 de 2013<sup>799</sup>. Adicionalmente, la consulta previa ha sido objeto de un amplio estudio y desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional.

793 En esta dirección, la Corte Constitucional ha indicado frente a la consulta previa: “El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos”. Ibidem. “Según lo ha destacado esta Corporación, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional, en el artículo 7º de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

794 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” (Ley de comunidades negras).

795 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.

796 “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

797 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

798 Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas.

799 “Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”.

## 2.1. Las principales características de la consulta previa

A la luz de la profusa jurisprudencia existente, la consulta previa goza de las siguientes características:

- i) Es considerada un derecho fundamental<sup>800</sup>, cuyos titulares son las comunidades étnicas<sup>801</sup>.
- ii) Corresponde también a un deber estatal<sup>802</sup> en virtud del cual el Estado debe: a) desembolsar los recursos económicos necesarios para adelantar las actividades de la consulta, cuando sea necesario<sup>803</sup>, y b) proveer información completa, detallada y exacta sobre las medidas a tomar<sup>804</sup>. Asimismo, es el Estado quien tiene el deber de llevar a cabo la consulta, sin importar si se trata de proyectos de su propia iniciativa o de sujetos distintos<sup>805</sup>.

800 “Es importante señalar que el derecho fundamental a la consulta previa es un medio y un fin en sí mismo. Su garantía no se cumple única y exclusivamente con la realización de un trámite. Los acuerdos, e incluso desacuerdos, que se produzcan en las reuniones deben generar algún tipo de efecto. Por eso la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no basta con hacer “buenas reuniones”, si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

801 “La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas (...) En palabras de la Corte, “lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. “Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes. Lo anterior ha sido reconocido por este Tribunal, en especial en la sentencia C-461 de 2008, que reiteró que las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. “Cabe precisar, que la expresión grupos étnicos en nuestro ordenamiento cobija tanto a las comunidades indígenas como a las afrodescendientes, sector importante de la población, éste último, reconocido por el legislador como grupo étnico especial en la Ley 70 1993, y definido en su artículo 2-5 como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historias y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distingue de otros grupos étnicos”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16. “Inicialmente, la Corte ha explicado que el derecho a la consulta previa se extiende en favor de los diferentes grupos étnicos, cualquiera sea su origen y condición, entendiendo que el concepto comprende, para el caso colombiano, a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, negros o afro-descendientes y raizales”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “La Sala concluye que en el presente asunto no era necesaria la consulta previa a los grupos étnicos, toda vez que en las disposiciones del instrumento internacional materia de examen, de los seis anexos que lo acompañan, y de la correspondiente ley aprobatoria, no se encuentran contenidos normativos que afecten de manera directa a las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras o al pueblo Rom”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

802 “Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los trámites requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

803 “Como este tipo de reuniones y consultas muchas veces conllevan consigo la erogación de recursos económicos por parte de los líderes de los pueblos, el Estado debe proveer recursos para tal efecto cuando ello resulte necesario”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

804 “Igualmente, debe apoyar con el previo suministro de la información completa y detallada que dé cuenta con exactitud qué tipo de medidas se van a realizar y que pueden afectar los derechos de las comunidades”. Ibidem.

805 “Frente a la autoridad responsable de llevar a cabo la consulta, la Corte ha manifestado que reposa en el Gobierno el deber de promoverla en todos los casos, sin perjuicio de que se trate de proyectos de ley que sean de su propia iniciativa o de iniciativa de sujetos distintos (C.P. art. 155), y siempre que los proyectos impliquen una afectación directa y específica de los grupos étnicos. Ha explicado la jurisprudencia que, en los casos de proyectos que son de iniciativa del Gobierno, a éste le corresponde establecer si la temática propuesta tiene incidencia directa sobre las comunidades tradicionales, para efectos de proceder con el proceso de consulta, previo a la presentación de la propuesta al Congreso de la República. Tratándose de proyectos de ley que no son de iniciativa gubernamental, el Gobierno, “tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, debe acudir a las instancias previstas en la legislación para tales efectos, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos u Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 2006, para definir en ese escenario, las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados antes de que prosiga el trámite legislativo...” Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “Asimismo, en sexto lugar, está la competencia de las autoridades que deben realizar el proceso de consulta pues, si bien este punto también debe ser establecido en la etapa de preconsulta, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los lineamientos que deben tenerse presentes. Por un lado, en lo que tiene que ver con la competencia del Estado, el precedente

- iii) De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, es también un principio general del derecho internacional<sup>806</sup>.
- iv) Constituye igualmente un instrumento para materializar los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales<sup>807</sup>.
- v) Tiene como propósitos principales proteger la integridad de las comunidades étnicas<sup>808</sup> y garantizar a estas la definición de su destino y su subsistencia<sup>809</sup>. Adicionalmente, la consulta previa busca obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que las afecten<sup>810</sup>.
- vi) Es una forma de concreción del poder político que la Constitución reconoce como valor fundamental del Estado<sup>811</sup>.
- vii) Representa un desarrollo especial y cualificado del principio democrático<sup>812</sup>.

---

constitucional estableció que el proceso de consulta es una garantía cuyo deber radica únicamente en las instituciones estatales. Así la actividad o proyecto vaya a ser desarrollado por personas particulares, la consulta previa debe ser realizada por las autoridades gubernamentales correspondientes, previamente a la autorización que legitima a la Administración o los agentes particulares a desarrollar las actividades que pueden afectar directamente a las comunidades. Además, dichas autoridades deben tener suficiente poder de representación y decisión. Por el otro lado, con respecto a la competencia de los representantes de la comunidad del precedente constitucional ha enfatizado que éstos deben ser determinados y autorizados de manera autónoma por la misma comunidad, para que gocen de legitimidad y representatividad, de tal forma que estén habilitadas para hablar y tomar decisiones en nombre de la comunidad, de acuerdo a sus procedimientos y costumbres tradicionales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

806 "Y la jurisprudencia interamericana ha calificado el derecho-deber de consulta previa como una cuestión que ha pasado a integrar la categoría de principio general del derecho internacional: "164. (...) la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. // 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

807 "Partiendo del carácter constitucional y fundamental del derecho de consulta previa que, como una manifestación del derecho a la participación, se constituye en el proceso esencial a través del cual se materializan los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

808 "Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales, en las que se establece que (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional; (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a tomar una medida legislativa o administrativa que los pueda afectar de forma directa". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

809 "Resultado claro, entonces, que el derecho a la participación de las comunidades étnicas no se reduce simplemente a una intervención en las actuaciones administrativas encaminada a asegurar su derecho de defensa; por el contrario, esta Corporación le ha reconocido una significación mayor, en razón de los altos intereses que a través de ella se pretenden garantizar, como en efecto lo son, los referentes a la definición de su destino y a la seguridad de su subsistencia". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

810 "De lo que se trata es de buscar el consentimiento de la comunidad. La consulta es el móvil, el consentimiento el fin. (...) En síntesis, el derecho fundamental a la consulta previa no se satisface a través de cualquier mecanismo. Las reuniones que se realizan en cumplimiento de esta garantía de las comunidades deben conducir a acuerdos sensatos en los que las posiciones de las comunidades se vean efectivamente reflejadas. De lo contrario, dichas reuniones se convertirían en una burla a los pueblos si sus posturas no son respetadas. Por esa razón es que el propósito de la consulta debe conducir a buscar el consentimiento libre, previo e informado y en algunos eventos, dicho consentimiento será obligatorio". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

811 "Según lo ha destacado esta Corporación, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos "de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

812 "Por último, como el derecho de consulta, según lo expuesto, además de ser instrumento de garantía de los derechos constituye un desarrollo especial y cualificado del principio democrático debe la Sala recordar que el modelo democrático recogido en la configuración política del Estado Social y Democrático de Derecho es de un profundo calado sustantivo de ahí que en todos los escenarios y procesos democráticos (y la consulta es uno de ellos) deban asegurarse las garantías epistémicas necesarias para con los partícipes". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

viii) No implica un derecho para vetar la medida. Por lo tanto, la consulta previa no puede utilizarse como un mecanismo arbitrario para evitar la implementación de una medida administrativa o legislativa<sup>813</sup>.

ix) El no adelantar a cabo la consulta previa aparece como consecuencia una violación de la Carta Política<sup>814</sup>.

x) El análisis para establecer si debe adelantarse el procedimiento de consulta previa debe hacerse caso a caso. En este sentido se ha indicado:

*“La Corte Constitucional ha precisado reiteradamente que es necesario abordar cada medida legislativa en concreto de manera específica y particular, aplicando una metodología de análisis casuístico, porque de la estructura y contenido de cada medida dependerá si existe o no una afectación directa para los pueblos indígenas. En este sentido en la sentencia C-030/08 se afirmó que “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en los ámbitos que les son propios”<sup>815</sup>.*

## 2.2. La procedencia de la consulta previa: la afectación directa de la comunidad étnica

El procedimiento de consulta previa debe adelantarse en aquellos casos en los cuales se afecta de manera directa a la comunidad étnica, afectación que puede tener lugar con ocasión de un proyecto, obra o actividad o la adopción de una medida administrativa o

813 “Sobre este aspecto, esta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas. No obstante, esta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector. Como se mencionó en párrafos anteriores, por una parte, el objeto y fin del Convenio 169 de la OIT es garantizar los derechos de las comunidades, siendo la consulta un mecanismo de participación”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. “Cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida, norma o programa, “el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto”, pero desprovista de arbitrariedad; “atendiendo parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad y buscando mecanismos dirigidos a mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo”. Corte Constitucional. Sentencia del 30 de abril de 2015, T-247/15.

814 “Con respecto a los efectos que produce la omisión de la consulta previa, ha sostenido la Corte que la misma conlleva una violación a la Constitución Política, en cuanto implica el desconocimiento de un mandato que se integra al propio ordenamiento Superior y al Convenio 169 de la OIT, y que a su vez puede ser identificado y declarado judicialmente en el respectivo juicio de inconstitucionalidad. Ha explicado la Corte que, siendo la consulta previa una expresión de los derechos fundamentales de participación plural e integridad étnica y cultural, su desconocimiento, en los casos en que resulte imperativa, tiene efectos negativos e inmediatos frente a la medida legislativa de la cual era predicable. Bajo ese entendido, la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de consulta previa, cuando ella es necesaria, “constituye un vicio [que] impide declarar exequible la ley”, siendo ésta una consecuencia que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales, en el cual la Corporación está obligada a verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas. (...) En consecuencia, respecto de medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades étnicas, incluyendo dentro de estas las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la ausencia de la consulta previa, cuando tal mecanismo es obligatorio, comporta una violación directa de la Constitución Política, y, conforme con ello, da lugar a (i) la declaratoria de inexecutable de la medida, o en su defecto, a (ii) la adopción de una declaratoria de exequibilidad condicionada, ya sea para excluir a los grupos étnicos de la aplicación de la ley, o para decretar la existencia de una omisión legislativa relativa, derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a los grupos étnicos, caso en el cual, se deberán adoptar en el fallo las medidas necesarias para subsanar la referida omisión”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

815 Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

legislativa<sup>816</sup>. En esta última se encuentran incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales<sup>817</sup>.

Respecto a la consulta previa en el caso de medidas legislativas, inicialmente la jurisprudencia consideró que la misma no era necesaria, pues esta debía tener lugar al momento en que la ley fuera objeto de desarrollo o implementación. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia varió su postura al indicar que la consulta previa sí debía cumplirse en aquellos casos en que se presentara una afectación directa de la comunidad étnica<sup>818</sup>. Justamente, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente respecto a la afectación directa:

*“Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en precisar que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida legislativa susceptible de impactar a los grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlos directamente. Para explicar esta regla, la Corte, a partir de la interpretación del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, ha identificado dos niveles de afectación de los grupos étnicos por parte de medidas legislativas, estableciendo las diferencias existentes entre ellos y definiendo cuándo hay afectación directa.*

*Ha señalado al respecto que existe (i) “un nivel general” de afectación, que corresponde a las políticas y programas aplicable a todos los colombianos, y que en cierta medida interesan a los grupos étnicos, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación que les permita intervenir en su adopción en condiciones similares a la de los demás integrantes de la población. En estos casos, la posibilidad de intervención de las comunidades étnicas se concreta a través de mecanismos básicos de participación, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad que tienen sus integrantes de concurrir a la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular, o con la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público y abierto del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas legislativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias públicas durante el desarrollo del proceso de adopción de las mismas. También el nivel general de participación puede concretarse, en favor de los grupos étnicos, “en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular*

816 “Así las cosas, debe concluirse que la expresión “medidas legislativas” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. (...) Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2010, C-702/10.

817 “Respecto al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, reiteró que no se trata solo de medidas administrativas sino también de medidas legislativas, y dentro de estas últimas incluyó las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y las reformas constitucionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

818 “En efecto, la consulta previa a la adopción de medidas legislativas es el escenario en el que la Corte ha asumido mayores esfuerzos por definir lo que significa que una medida afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente; esos esfuerzos obedecen a que la Ley, por su carácter general y abstracto, afecta directamente a todos sus destinatarios, por lo que la Corte consideró, en el primer análisis del tema, que la consulta no era viable frente a medidas legislativas (C-169 de 2001), sino, más bien, en el momento del desarrollo reglamentario de la Ley o en la instancia de aplicación del derecho. Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, frente a la expedición de normas legales, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

*cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales”.*

*Igualmente, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que hay (ii) “un nivel específico” de afectación, que hace referencia a aquellas medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales, caso en el cual, consciente de su carácter diferenciado y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa a través de espacios concretos de participación, el propio ordenamiento jurídico ha previsto el deber de la consulta previa, como medida especial de protección. En relación con este aspecto, la Corte ha destacado que, dado que es común que las leyes afecten a sus destinatarios, la necesidad de consulta previa solo resulta exigible respecto de aquellas medidas legislativas “susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no [de] aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”<sup>819</sup>.*

Dentro de este marco, en términos generales la afectación directa:

*“[E]s un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.*

*3.11. Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados”<sup>820</sup>.*

819 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En relación con el primer aspecto, esta Corporación en la sentencia C-030 de 2008, determinó que la consulta previa frente a la adopción de medidas legislativas, no debe realizarse frente a toda medida legislativa que pudiese afectarlas, sino exclusivamente “aquellas que puedan afectarlas directamente, siendo uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”, e igualmente señaló que hay incidencia directa en las comunidades indígenas y tribales “cuando la ley altera el status de la persona o comunidad bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario le confiere beneficio”; Criterio que fue igualmente adoptado al efectuar el control de las disposiciones normativas que se integran al orden interno mediante la aprobación de tratados internacionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 15 de abril de 2015, C-163/15. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12, Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12.

820 Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. En esa misma decisión la Corte reafirmó los criterios indicados al señalar: “3.12. Igualmente, en otra providencia, manifestó que: “(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. (ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. (iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieren directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”. 3.13. Adicionalmente, cuando se trata de medidas legislativas, la Corte, en sentencia C-063 de 2010, explicó que la afectación directa se produce cuando “una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”. 3.14. La sentencia T-576 de 2014, por otra parte, sostuvo que “el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas



Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos<sup>821</sup>, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes<sup>822</sup>:

- i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT<sup>823</sup> da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua<sup>824</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

*“En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso”.*

o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad” 3.15. Como se puede apreciar, lejos de ser una contradicción, lo que la Corte ha hecho es evitar enumerar las hipótesis de procedencia, privilegiando los análisis según la complejidad y características del proyecto, la medida, la norma, y, por supuesto, las comunidades en tensión”. *Ibidem*.

821 “Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

822 “5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformativa del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

823 “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

824 “El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida<sup>825</sup>.

iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades:

*“La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieren directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”<sup>826</sup>.*

iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población<sup>827</sup>.

v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos<sup>828</sup>.

vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades<sup>829</sup>.

vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos<sup>830</sup>.

825 “Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas, por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

826 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

827 “Ha resaltado esta Corporación, que puede existir una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”. *Ibidem*.

828 “De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación”. *Ibidem*.

829 “De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que “materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada a la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria”. A este respecto, en la Sentencia T-693 de 2011, la Corte puso de presente que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con los territorios ocupados y la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta previa, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social”. En consecuencia, dentro del propósito de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, es necesario que el Estado consulte previamente a los grupos étnicos, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas, relacionadas con los territorios donde éstos tienen asiento y que puedan incidir en sus formas de vida y en la manera como llevan a cabo la explotación de sus recursos naturales”. *Ibidem*.

830 “La jurisprudencia de la Corte ha considerado igualmente relevante, para efectos de determinar el grado de afectación de las comunidades tradicionales, establecer si cada medida legislativa es de aplicación directa, o si consagra un marco normativo general que posteriormente tiene que ser desarrollado a través de otros actos jurídicos, ya sea mediante nuevas leyes o decisiones administrativas, o de proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales. Tal hecho incide también sobre las medidas que cabe adoptar en el evento que la Corte declare la inexecutable de la norma por ausencia de consulta previa”. *Ibidem*.

viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida<sup>831</sup>.

Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas.

Así, en la sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal) por no haberse adelantado el procedimiento de la consulta previa. En esta decisión el Tribunal Constitucional consideró que a pesar de la generalidad de la ley, esta afectaba de forma significativa la identidad y supervivencia de las comunidades indígenas, pues regulaba la explotación de los bosques, un objeto de gran importancia para estas que se encuentra íntimamente ligado a su forma de vida:

*“Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.*

*En ese contexto, observa la Corte que las provisiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc. (...)*

*El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen,*

831 “Finalmente, la referencia histórica de las medidas legislativas, esto es, el conocimiento de sus antecedentes y de las circunstancias de orden fáctico y político que le dieron origen, también ha sido considerado útil por la Corte para efectos de establecer si existe o no afectación directa. A juicio de la Corporación, dentro del propósito de indagar sobre la necesidad de la consulta previa, resulta adecuado e incluso determinante, la posición pública asumida por las comunidades étnicas con respecto a la medida legislativa durante su trámite de expedición. De igual manera, es relevante el criterio adoptado por el Gobierno y los Congresistas en el desarrollo de los debates, examinado desde la perspectiva de cuál sería el impacto de la medida sobre los grupos étnicos. También los antecedentes históricos remotos de cada medida legislativa, pueden ser importantes para decidir si existe o no una afectación directa de las comunidades tradicionales. En este sentido, en la Sentencia C-620 de 2003, donde la Corte llevó a cabo el control de constitucionalidad de algunas normas referentes a las salinas de Manaure (Guajira), se hizo un recuento histórico del surgimiento de la ley acusada y, con base en dicho recuento y el objeto mismo de la ley, este Tribunal concluyó que la medida legislativa sí generaba un impacto directo y específico sobre los grupos étnicos, dados los antecedentes de negociación y concertación que se habían presentado entre el Estado y la comunidad Wayúu, y que dieron paso a la adopción de la norma. De la misma forma, en la Sentencia C-608 de 2010, al adelantar la revisión constitucional, automática y oficiosa, del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, la Corte concluyó que el mismo sí contenía disposiciones que generarían una afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, con base en las intervenciones presentadas por un Senador indígena, elegido por circunscripción especial, en la que éste puso de presente el efecto negativo que las disposiciones sobre explotación minera y resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales, tendrían sobre los grupos étnicos que habitan en el territorio nacional”. Ibidem.

*orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural. (...)*

*En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida”.*

Posteriormente, en la sentencia C-175 de 2009 la Corte declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural)<sup>832</sup> por la ausencia de consulta previa con las comunidades étnicas, la cual debía surtir, entre otras razones, por tratarse de una ley que regulaba íntegramente el desarrollo rural y que contenía disposiciones que afectaban la relación de las comunidades con la tierra. En este sentido determinó:

*“23. Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.*

*24. En cuanto a lo primero, tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que “al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indíge-*

832 “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”

nas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación del recurso del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales, al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las comunidades diferenciadas. Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales – como es el caso del EDR –, estos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfrutaban otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

*De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas.(...)*

*Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente”.*

Por su parte, en la sentencia C-366 de 2011 el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010<sup>833</sup> por no haberse satisfecho el requisito de la consulta previa, lo cual era forzoso pues la medida legislativa regulaba la explotación minera en los territorios indígenas:

*“Nótese que según lo explicado en el fundamento jurídico 33.4., el Código de Minas no plantea un régimen de exclusión a la actividad minera en dichas áreas. Antes bien, permite que en esas zonas se adelanten labores de exploración y explotación, solo que lo somete a determinadas condiciones y requisitos. Esto implica una consecuencia jurídica de nódal importancia para este caso, según la cual las disposiciones del Código de Minas son aplicables a la actividad minera desarrollada en los territorios indígenas y afrodescendientes. Esto por la simple razón que el ordenamiento jurídico (i) no prevé un régimen autónomo y separado para la actividad minera en las zonas en que se asientan las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) confiere naturaleza exhaustiva y prevalente al Código de Minas, según se ha explicado en diversos apartes de este fallo. Así por ejemplo, las comu-*

833 “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

*nidades indígenas o afrodescendientes que desarrollen minería tradicional en sus territorios, deberán sujetarse a las reglas generales del mencionado Código sobre ese particular, entre ellas las que prevén disposiciones para su formalización. De otro lado, los contratos de concesión en territorios ancestrales, desarrollados por terceros no integrantes a los pueblos étnicos están sometidos tanto a ese mismo régimen general, como a las condiciones particulares del capítulo XVI.*

*Adicionalmente, no puede perderse de vista que, según se ha explicado en este fallo, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y la salvaguarda de la integridad de su identidad diferenciada. En ese orden de ideas, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales. (...)*

*36.2. Las razones expuestas sirven para dar respuesta al segundo cuestionamiento. Es evidente que el artículo 28 de la Ley 1382/10 no tiene un alcance tal que elimine la incidencia de las reglas de esa normatividad sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que, como se ha repetido insistentemente, tales reglas y, en general, el Código de Minas, son aplicables frente al aprovechamiento minero en los territorios ancestrales. La vigencia de tales normas en ese escenario no resulta afectada por la disposición en comento, pues de la misma no es jurídicamente admisible colegir que excluye de la aplicación del Código de Minas y sus reformas a las actividades de exploración y explotación minera en las zonas indígenas, afrodescendientes o mixtas.”*

El Consejo de Estado también ha reconocido que la generalidad de la norma no excluye automáticamente el deber de adelantar la consulta previa cuando así resulte necesario. Así, la Sección Tercera señaló recientemente:

*“En este orden de ideas, la Sala tiene claro que el solo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (pues refieren de manera indistinta a diversas zonas del territorio nacional) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas.*

*12.7.- De acuerdo con los estándares sobre la materia arriba expuestos debe procederse a un análisis en orden a verificar si tal medida, que se presenta como general y abstracta, representa un impacto diferenciado o singular para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Justamente, en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el sub iudice por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio”<sup>834</sup>.*

834 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

### 2.3. La consulta previa y los tratados internacionales

Dentro de las medidas legislativas que pueden afectar directamente a las comunidades étnicas se encuentran las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Frente a estas<sup>835</sup>, la jurisprudencia ha indicado con claridad que el control que realiza la Corte Constitucional a las leyes aprobatorias incluye la verificación de que se haya satisfecho el requisito de consulta previa cuando el texto del tratado afecte directamente a las comunidades étnicas<sup>836</sup>. Así, se indicó en el año 2016:

*“La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa frente a tratados internacionales, que establecen que (i) las leyes aprobatorias de tratados deben ser objeto de consulta previa cuando el texto afecte de forma directa a las comunidades étnicas; (ii) las medidas legislativas o administrativas que se adopten en el desarrollo del tratado que involucren directamente a una población étnica, deben someterse al proceso de consulta antes de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República; y (iii) prima facie no es necesario someter el instrumento internacional a dicho procedimiento, si este se refiere a creación de zonas de libre comercio, sin embargo se debe hacer consulta cuando las medidas que se tomen en desarrollo del tratado afecten de forma directa a una comunidad étnica”<sup>837</sup>.*

Con todo, la jurisprudencia también ha señalado que aun cuando el tratado internacional no afecte de forma directa a la comunidad, si las medidas que lo desarrollan sí lo hacen, estas deben someterse al procedimiento de consulta previa:

*“En esa oportunidad, la Corte consideró que, prima facie, el acuerdo no afectaba de forma directa los derechos de los pueblos indígenas y por consiguiente no era necesario adelantar el proceso de consulta previa. No obstante, indicó que si las medidas de orden legislativo y administrativo que se expedieran en desarrollo del tratado afectaban de forma directa a alguna comunidad étnica, debía realizarse dicho procedimiento”<sup>838</sup>.*

835 “En el caso específico de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, que interesa a esta causa, el análisis acerca del requisito de la consulta y su correspondiente verificación constitucional, es novedoso y relativamente más reciente, en cuanto se inicia a partir de la Sentencia C-750 de 2008, donde la Corte llevo a cabo el control oficioso y automático de constitucionalidad del “ Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus ‘cartas adjuntas’ y sus ‘entendimientos’, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006” y su correspondiente Ley aprobatoria, Ley 1143 de 2007”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

836 “En materia de consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “En dicho pronunciamiento, la Corporación dejó claro que, en desarrollo de la función de ejercer el control automático de constitucionalidad de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, le corresponde a la Corte Constitucional verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa, cuando de las medidas adoptadas en el respectivo tratado, se advierta una posible afectación directa a los intereses de las comunidades étnicas. Y es que, a juicio de la Corte, la incorporación de disposiciones internacionales en Colombia, resultado de la suscripción de tratados o convenios -bilaterales o multilaterales- con otros países o con organizaciones internacionales, también puede tener una incidencia directa en los intereses de las comunidades étnicas asentadas en el territorio nacional, motivo por el cual, cuando ello ocurra, y atendiendo al carácter complejo de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno, debe cumplirse con el requisito de la consulta previa y su respectiva verificación constitucional, conforme lo ordenan la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En relación con la consulta previa en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre instrumentos internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

837 Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

838 Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16.

### 2.3.1. Decisiones de la Corte Constitucional frente a la consulta previa en materia de tratados internacionales

La Corte Constitucional ha considerado que no existe una afectación directa de las comunidades étnicas cuando el respectivo tratado o convenio internacional:

- i) No establece áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollarán las actividades objeto del tratado<sup>839</sup>.
- ii) No tiene como objeto el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en áreas de influencia directa de las comunidades étnicas colombianas<sup>840</sup>.
- iii) Sus disposiciones son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a todos los nacionales colombianos<sup>841</sup>.
- iv) No contiene una regulación específica para las comunidades étnicas<sup>842</sup>.
- v) No tiene una mayor incidencia en los territorios de las comunidades, pues el acuerdo no se limita a las zonas habitadas por estas<sup>843</sup>.

839 “En efecto, el Acuerdo establece la Red Internacional del Bambú y el Ratán – INBAR- señala los objetivos y misiones en cabeza de dicha organización, los cuales se encuentran dirigidos a promover la cooperación técnica y científica sobre el bambú y el ratán; no obstante, no define las áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollaran tales actividades, lo que impide establecer qué grupos étnicos se hallarán dentro de las áreas de influencia de los proyectos que se realicen en virtud del Acuerdo”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11.

840 “Adicionalmente, el Convenio no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas. Si en desarrollo del Convenio se llegaren a realizar proyectos de esta naturaleza, en ese momento deberá surtirse la consulta previa con las comunidades concernidas”. Ibidem. “En el caso bajo estudio, un examen del contenido de la Convención del Metro y de su Reglamento Anexo, permite concluir que las medidas que mediante él se pretenden adoptar no conciernen directamente a ninguna comunidad étnica asentada en el territorio nacional, de modo que la consulta previa no era un requisito previo. En efecto, la Convención y su Reglamento Anexo hacen alusión a la fundación de una Oficina Internacional de Pesas y Medidas de carácter científico, cuyo fin general es proporcionar la base técnica para asegurar la uniformidad y trazabilidad de las mediciones. Bajo esta perspectiva, la Convención no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12. “Se refieren de manera uniforme a la generalidad de los colombianos, sin establecer normas que afecten de manera concreta y directa a los grupos étnicos o contemplen la explotación de recursos naturales en sus territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

841 “Para la Sala, el Convenio y su Ley aprobatoria son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a los nacionales colombianos, entre los cuales se cuenta a los miembros de las comunidades autóctonas y tribales, sin que la medida legislativa allí prevista implique afectación directa o exclusiva para un determinado grupo o comunidad étnica. El instrumento internacional fue concebido para beneficio de toda la comunidad nacional con el propósito de reparar aquellos bienes que siendo parte del patrimonio cultural de la nación, fueron robados o exportados ilícitamente”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de marzo de 2011, C-125/11. “Para la Corte las disposiciones prescritas en la enmienda se prevén de manera uniforme para todos los Estados y a la totalidad de la población de los mismos, sin que ellas constituyan medidas que afecten de forma directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas, motivos por el cual, su consulta previa no resulta obligatoria, lo cual proviene del efecto general que, en principio, tienen las leyes y los tratados internacionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de octubre de 2013, C-692/13. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 10 de septiembre de 2013, C-622/13. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 2014, C-014/14, Corte Constitucional. Sentencia del 7 de mayo de 2014, C-277/14, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

842 “Una revisión del texto del tratado permite concluir que las normas prescritas en él se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, lo que tiene sentido ya que su objeto no es expedir una regulación específica referida a las comunidades étnicas. Como ya se ha dicho, el objeto del acuerdo en estudio es implementar el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia de manera consecutiva con la conservación y protección ambiental y el uso sostenible de sus recursos mediante el mejoramiento y aplicación de leyes y reglamentos ambientales, el fortalecimiento de la cooperación en materia ambiental y la promoción del desarrollo sostenible. En desarrollo de este objetivo, las partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia ambiental, las cuales tienen aplicación, no solamente en los territorios de las comunidades étnicas, sino en todo el territorio nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

843 “Ahora bien, según se expresó con anterioridad, la especificidad de la afectación también se puede encontrar en una regulación que se presenta como general- como en los casos ya citados de la regulación de las salinas de Manaure, la ley forestal o el estatuto de desarrollo rural-, debido a que el objeto de la medida legislativa –en los ejemplos propuestos las salinas de Manaure, el bosque natural o los terrenos rurales, respectivamente- está situado, total o parcialmente, en el territorio en el que habita la comunidad étnica o gran parte de sus miembros y, por ello, está relacionado íntimamente con su subsistencia y su identidad. Sin embargo, esta hipótesis tampoco se presenta en esta oportunidad. El objeto del acuerdo es la protección del ambiente, especialmente en el marco de las futuras relaciones comerciales entre Colombia y Canadá, y no es posible sostener que este objeto –la protección del ambiente- tenga en esta oportunidad mayor incidencia en los territorios de las comunidades étnicas pues el acuerdo no se concentra en la conservación del ambiente en zonas naturales o rurales en las que habitan parte importante de la población de estas comunidades. Por el contrario, el tratado aborda la protección del ambiente de manera amplia, como un asunto nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. “No se requiere la consulta previa toda vez que no tiene como objeto la realización de actividades que deban desarrollarse en áreas de influencia de las referidas comunidades o de microorganismos existentes en dichos territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de junio de 2013, C-350/13.



vi) Aunque algunas de sus disposiciones se refieren expresamente a las comunidades étnicas, se trata simplemente de reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad<sup>844</sup>. Así, en la sentencia C-941 de 2010 la Corte Constitucional señaló:

*“La sola referencia en el capítulo de “protección a la propiedad intelectual” a las “medidas relacionadas con la biodiversidad”, donde en términos generales las Partes “reiteran” sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales y reconocen la importancia de la biodiversidad biológica, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de las comunidades indígenas y locales, anotando que corresponde a cada Parte fijar las condiciones de acceso a sus recursos genéticos conforme a la legislación nacional e internacional, no es constitutiva de una medida que se traduzca en una afectación directa de los grupos étnicos, ni es contentiva de una regulación específica sobre dichas comunidades, y menos está relacionada íntimamente con su subsistencia e identidad, sino que se trata de una disposición que se limita a reiterar de manera general la soberanía que le asiste a cada Estado Parte en asuntos concernientes a la biodiversidad”<sup>845</sup>.*

vii) No impone restricciones o gravámenes ni concede beneficios a las comunidades étnicas<sup>846</sup>.

viii) No afecta la identidad<sup>847</sup> o integridad cultural, social y económica de estas<sup>848</sup>.

844 “No desconoce la Sala que en el texto del tratado están incluidas tres normas que mencionan expresamente a las comunidades étnicas. Pero estima que, en dos de estas, no se adopta en realidad medida alguna al ser simples reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad. Así, el artículo 1 define, para Colombia, el término “comunidades indígenas y locales” pero lo hace de conformidad con el artículo 1 de la Decisión Andina y el artículo 5 reitera el compromiso de las partes de “respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales” “según lo establecido por el Convenio de Diversidad Biológica”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10.

845 Adicionalmente, en otra oportunidad la Corte indicó: “La referencia a los intereses de las comunidades indígenas y tribales en distintos puntos del preámbulo y el artículo 1º no constituye una razón suficiente para concluir que este tratado implica una medida de afectación directa y específica de estos pueblos. En casos precedentes, como se indicó, la Corte ha examinado tratados internacionales que contienen disposiciones similares que mencionan a las comunidades indígenas o afrodescendientes, y ha concluido que tales menciones en sí mismas no comportan medidas susceptibles de activar la obligación internacional de consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

846 “De igual forma, observa la Corte que el tratado no está estableciendo nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para los pueblos indígenas y tribales; no está de ninguna manera afectando su status en tanto indígenas. Simplemente refiere a los derechos que ya existen y están reconocidos en el derecho interno y el derecho internacional”. Ibidem. “La regulación que se revisa no tiene incidencia directa sobre el status de las comunidades étnicas y de las personas que las integran, por cuanto el Acuerdo no impone restricciones o gravámenes ni les concede o niega beneficios a los miembros de grupos indígenas o tribales, distintos a los concedidos a todos los nacionales residentes en las Localidades Fronterizas Vinculadas que pidan permiso de residencia, libre ejercicio de trabajo oficio o profesión o de estudio”. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15. “La revisión del texto de la Convención permite concluir que las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, puesto que su objeto no es expedir una regulación específica concerniente a las comunidades étnicas (...). En desarrollo de este objeto, las Partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia de diversidad cultural, que no están dirigidas exclusivamente a comunidades étnicas sino que son aplicables a todos los colombianos. Se observa que la Convención no prevé nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para las comunidades étnicas colombianas, ni incorpora medidas concretas que implique una afectación directa, específica y particular de las mismas que modifique su status”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

847 “Tales asuntos, a juicio de la Sala, son en su mayoría de índole técnica y se encuadran en aspectos procedimentales del intercambio comercial entre Colombia y México. Por su naturaleza, no inciden de forma directa en asuntos propios de la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes, de modo que el tratado internacional objeto de examen no está sometido al requisito de consulta previa a dichos grupos tradicionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-051/12. “Aunque en apartado posterior se hará una explicación más extensa acerca del contenido material del Estatuto y el Reglamento de Interpol, así como del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades suscrito por Colombia, la Corte advierte preliminarmente que se trata de instrumentos internacionales destinados a fijar aspectos institucionales y administrativos de Interpol, así como determinar las prerrogativas diplomáticas de sus funcionarios cuando ingresen al territorio nacional y con el ánimo de efectuar actividades propias de esa organización. Estas materias no afectan a las comunidades étnicas, en tanto no están vinculadas con asuntos propios de la definición de su identidad. De allí que el requisito de consulta previa de medidas legislativas de que trata el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, no resulta predicable en el asunto de la referencia”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de abril de 2014, C-259/14.

848 “Verificados el contenido de tales capítulos del TLC frente al texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT, la Corte encuentra que no se requería adelantar la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, dado que las disposiciones que comprenden el acuerdo principal y los acuerdos complementarios, no afectan directamente el territorio de los grupos étnicos, ni ocasionan desmedro de la integridad cultural, social y económica de tales etnias”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, C-941/10.

ix) No establece una regulación integral de la materia. Así en la sentencia C-196 de 2012 se indicó:

*“También observa la Corte que a diferencia de cuerpos normativos examinados en el pasado por esta Corporación, tales como la Ley Forestal, del Estatuto de Desarrollo Rural o del Código de Minas, este tratado internacional no establece ni un régimen ni una regulación integral del tema de los bosques, como tampoco disposiciones normativas concretas de las que se deduzcan obligaciones específicas para Colombia frente al manejo forestal. Esta diferencia es clave, ya que fue el carácter de regulación integral el que hizo que, en tales oportunidades, las normas bajo examen hubiesen sido declaradas inexequibles por no haber sido objeto de consulta previa. No es el caso del tratado que se examina, que no consagra un régimen integral de los bosques ni de las maderas tropicales, ni una regulación, ni medidas como tal, más allá de los objetivos de la organización, que se materializarán a través de las actividades futuras de la organización. Por su tipología preponderante de tratado constitutivo de una organización internacional, este Convenio requiere necesariamente medidas ulteriores de desarrollo para su implementación, a través de la OIMT y de sus órganos. En sí mismo no conlleva una medida de afectación directa. En la misma línea, en este caso el tema del tratado (bosques y maderas tropicales) no es razón suficiente para concluir que implica una afectación directa y específica de los pueblos indígenas; de la misma manera que en la sentencia C- 915/10, al examinar un tratado internacional en materia ambiental con Canadá, o en la sentencia C-750/08 al examinar las disposiciones ambientales del TLC con EEUU, no se concluyó que hubiera una afectación directa, porque pese a tratarse de acuerdos en materia ambiental no se estaba adoptando como tal ninguna medida que tuviera una afectación directa sobre los pueblos indígenas”.*

x) No afecta las actividades tradicionales de las comunidades<sup>849</sup>.

xi) No redefine o altera el territorio de estas últimas<sup>850</sup>.

Ahora bien, la Corte Constitucional en algunas ocasiones ha concluido que existía la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa atendiendo el contenido del tratado internacional.

Así, en la sentencia C-1051 de 2012, citada por el Ministerio consultante, se analizó la Ley aprobatoria del Tratado sobre protección de obtenciones vegetales. En este caso la Corte señaló que, aunque el instrumento internacional objeto de estudio era una regulación general, su contenido material afectaba de forma directa y específica a las comunidades, pues existían disposiciones que impactaban elementos que eran relevantes para

849 “Para la Corte (i) el carácter general del Acuerdo, (ii) su propósito de ampliar los canales de intercambio comercial sin afectar de ninguna manera con las actividades tradicionales de las comunidades indígenas y (iii) la ausencia de evidencia sobre algún tipo de efecto del Acuerdo en la forma de vida o en la conformación de alguna comunidad indígena o afrodescendiente, son razones que demuestran la inexistencia, en el presente caso, del deber de adelantar el trámite de la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012, C-303/12.

850 “La Corte encuentra que, en este caso, no era obligatorio adelantar el proceso de consulta previa por las siguientes razones. En primer lugar, se trata de una ley aprobatoria de un tratado de libre comercio, por lo tanto, en principio, no es necesario adelantar ese procedimiento. En segundo lugar, visto el contenido material del tratado, es claro que no se refiere de manera directa y expresa a aquellos elementos que, prima facie, deben ser protegidos a través de la consulta. En efecto, el tratado no pretende redefinir o alterar el territorio de comunidades indígenas o afrodescendientes, no se refiere a la explotación de recursos naturales en territorios determinados donde habitan estas comunidades y tampoco se refiere a temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

estas y que se encontraban íntima e indisolublemente relacionados con su modo de vida y subsistencia, como lo son su territorio y la explotación de recursos naturales dentro de este:

*“Pues bien, revisado el texto del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), correspondiente al Acta de 1991, y las diferencias por este introducidas, la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural.*

9.11. *No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en este, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan. (...)*

9.12. *Y es que, como consecuencia de la actividad agrícola que llevan a cabo en sus territorios, los grupos étnicos son fuente de obtenciones vegetales. No obstante, según lo destacan algunos de los intervinientes, en particular quienes actúan en representación de las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por tales grupos, y que constituyen fuente importante de su subsistencia, pueden no obtener la protección que el Convenio UPOV de 1991 reconoce, en razón a que las mismas no están en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el régimen del citado convenio (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”). En ello incide, sin duda, el hecho de que el proceso de mejoramiento genético que aplican las comunidades diferenciadas se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales, esto es, a partir de enfoques y principios diferentes a los que son utilizados por los fitomejoradores modernos, quienes a su vez hacen uso de las nuevas tecnologías existentes que son precisamente las acogidas por el UPOV de 1991. (...)*

*Sumado a lo anterior, debe considerarse, como lo hacen notar también algunos de los intervinientes en este proceso, que los grupos étnicos, acorde con sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco los referidos conocimientos se encuentran contenidos o registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tal, se acercan más al concepto de propiedad colectiva. Esto, en franca oposición con la filosofía que inspira el derecho de obtentor de que trata el Convenio UPOV, en cuanto el mismo constituye una forma de propiedad intelectual que se reconoce de manera individual a los crea-*

*dores de nuevas variedades vegetales, a fin de permitirles una explotación exclusiva de su creación por un tiempo determinado.*

*Así entendido, se ha señalado que podría ocurrir, conforme a las reglas previstas en el citado convenio, que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos, lo que sin duda implicaría una seria afectación a su identidad, autonomía y subsistencia. (...)*

*9.14. En ese contexto, es claro que, a partir de su vinculación con el territorio y con la explotación de los recursos naturales, el Convenio UPOV de 1991 puede llegar a afectar de manera directa los derechos e intereses de los grupos étnicos, particularmente desde la perspectiva de la calidad de obtentor que ellos pudieran llegar a tener como resultado de la actividad agrícola que desarrollan, o por las limitaciones que a sus actividades tradicionales y a su saber ancestral pudieren imponerse como resultado de la aplicación de las previsiones del Convenio. (...)*

*De ese modo, es entonces claro que los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados. Desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, “es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos”, lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades. Ello, teniendo en cuenta la existencia de un derecho de propiedad, explotación y libre disposición por parte de los grupos étnicos sobre los territorios tradicionalmente ocupados, como forma de garantizar la seguridad alimentaria, el desarrollo, la diversidad y la cultura de acuerdo a sus particulares formas de vida.*

*9.16. Siendo ello así, las medidas establecidas en el Acta UPOV de 1991, dirigidas a proteger los derechos de obtentor, en el sentido de reconocerle a los creadores de nuevas variedades vegetales exclusividad en la explotación de las mismas por un periodo determinado, guardan una evidente y profunda relación de conexidad con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.*

*9.17. Según quedó enunciado, el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que estas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los*

*recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio.*

*9.18. Tal y como lo referencian algunos de los intervinientes en este proceso, una parte importante de los cultivos existentes en los territorios de las comunidades tradicionales, es producto del trabajo y del esfuerzo de varias generaciones que desde épocas ancestrales las han venido mejorando y perfeccionando de acuerdo con sus prácticas y conocimientos tradicionales, dentro del propósito de garantizar la soberanía, la autonomía y la seguridad alimentaria no solo de tales grupos, sino también de parte de la población colombiana. En ese sentido, es claro que, en el proceso de explotación sostenible de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades étnicas, estas son fuente de obtenciones vegetales, motivo por el cual, la consagración de un régimen jurídico de protección en favor de los descubridores de nuevas especies vegetales, puede afectar las prácticas y conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas y campesinas, y desconocer los derechos que tales comunidades puedan tener sobre las variedades tradicionales o nativas. (...)*

*9.20. Así las cosas, no duda la Corte en sostener que el Convenio UPOV de 1991, inscrito en el propósito de afianzar los mecanismos de protección de las obtenciones vegetales, es susceptible de afectar directa y específicamente los intereses particulares de las comunidades étnicas, en cuanto establece un régimen jurídico de protección cuyos derechos, pautas, criterios, plazos y condiciones de reconocimiento, si bien tienen un alcance general, se proyectan de manera especial sobre los territorios en que se encuentran asentadas tales comunidades, y sobre la forma como estas explotan sus recursos naturales, lo cual su vez puede repercutir en su cultura, subsistencia y formas de vida.*

*9.21. Según se ha explicado, dicho Convenio regula directamente aspectos sustanciales que conciernen a estas comunidades, en calidad de obtentores de las especies vegetales cuya propiedad intelectual se protege, tales como los criterios para reconocer la calidad de obtentor (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”), concesión del derecho, periodicidad, condiciones de protección, reglamentación económica y utilidad que reporta la mejora y ampliación de variedades vegetales, los cuales en buena parte, son aspectos que forman parte de conocimientos ancestrales de estos pueblos. Y es que, la imposición de restricciones propias de una patente sobre nuevas variedades vegetales como lo consagra la UPOV de 1991, podría estar limitando el desarrollo natural de la biodiversidad producto de las condiciones étnicas, culturales y ecosistemas propios en donde habitan los grupos étnicos”.*

De esta manera la Corte Constitucional concluyó que debió adelantarse la consulta previa con el propósito de evitar que se afectara directa y específicamente a las comunidades, así como también la diversidad étnica y cultural de la Nación<sup>851</sup>.

851 “En ese contexto, de conformidad con la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, aprobatoria del “Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales”, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991”, debió haberse consultado con las comunidades tradicionales, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado”. Ibidem.

Por su parte, en la sentencia C-615 de 2009, la Corte Constitucional, al analizar la Ley aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”, consideró que debía surtir la consulta previa, toda vez que la realización de planes, programas y proyectos dirigidos a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones indígenas Wayúu impactaban el desarrollo económico de la comunidad. Igualmente, estas comunidades eran las destinatarias directas de los compromisos asumidos por los Estados<sup>852</sup>.

Finalmente, en la sentencia C-608 de 2010, en la cual se analizó el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, la Corte determinó que era necesaria la consulta previa, pues el tratado implicaba la afectación del territorio de las comunidades étnicas como consecuencia de la actividad minera<sup>853</sup>.

### 3. El Protocolo de Nagoya

El Protocolo de Nagoya desarrolla el Convenio de Diversidad Biológica<sup>854</sup>, el cual contiene tres objetivos fundamentales:

1. La conservación de la diversidad biológica,
2. La utilización sostenible de sus componentes y,
3. La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos<sup>855</sup>.

Con base en los anteriores objetivos, en particular el tercero de ellos, en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio celebrada en el año 2010 se adoptó el Protocolo de Nagoya como una respuesta a las inquietudes<sup>856</sup> sobre el acceso a los recursos gené-

852 “Una respuesta apunta a afirmar que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resulta evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos “tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones”, en los términos del artículo 1º del Acuerdo, presentan un impacto importante, así sea eventualmente positivo en el desarrollo económico de la comunidad indígena, y por ende, la celebración del tratado internacional debía ser consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes son, por lo demás, los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

853 “Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los afectaría en relación la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales. En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, a realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C- 615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera. Así las cosas, la pregunta siguiente es si las actividades desplegadas por las autoridades públicas satisfacen las condiciones constitucionales de la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de agosto de 2010, C-608/10.

854 El Convenio fue ratificado por Colombia a través de la Ley 165 de 1994. La ley aprobatoria del tratado fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-519 de 1994.

855 “Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada”. Convenio de la Diversidad Biológica, artículo 1º.

856 “Pasaron más de 18 años desde la adopción del CDB en mayo de 1992 y la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Nagoya), en octubre de 2010 en Nagoya, Japón. Durante todo este tiempo, las Partes Contratantes del CDB estudiaron, discutieron, elaboraron y después negociaron el concepto de ABS. El camino hacia Nagoya fue un camino largo, con cuatro diferentes fases y pasos importantes para ser reconocidos”. Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva, Frederic Perron-Welch, Natasha Ali y China Williams. Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios. UICN. 2013, p. 20.

ticos, el conocimiento tradicional asociado a ellos y los beneficios que se deriven de su utilización<sup>857</sup>.

El contenido del Protocolo de Nagoya puede resumirse de la siguiente manera:

*“El Protocolo de Nagoya dispone de 27 cláusulas del preámbulo, 36 artículos que contienen disposiciones operativas, y un anexo que contiene una lista no exhaustiva de los beneficios monetarios y no monetarios. Establece un marco para la regulación de cómo los usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (por ejemplo, los investigadores y las empresas comerciales) podrán tener acceso a esos recursos y conocimientos. Establece obligaciones generales de participación en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos y conocimientos, y obliga a las Partes a garantizar que los usuarios bajo su jurisdicción respeten la legislación nacional sobre ABS y los requisitos regulatorios de las Partes, donde los recursos o conocimientos han sido adquiridos”<sup>858</sup>*

A continuación se presenta una pequeña síntesis del contenido del Protocolo:

i) En el artículo 1º se establece expresamente su objeto al indicarse:

*“El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”*

ii) Por su parte, el artículo 2º contiene una serie de definiciones de algunos de los términos utilizados por el Protocolo.

iii) De acuerdo con el artículo 3º, el Protocolo aplica a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y a los beneficios derivados de su utilización:

*“Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos.*

857 Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-519 de 1994 señaló: “Pero si bien Colombia cuenta con una diversidad biológica de indiscutida magnitud, quizás el aspecto que mayor preocupación debe suscitar por parte de las autoridades y de los asociados es el del potencial genético con que cuenta nuestro país. En nuestro territorio se encuentra una variedad de genes y un material germoplástico de dimensiones económicas y tecnológicas incalculables, pues su adecuada utilización constituye, sin lugar a dudas, fundamento de un futuro alentador en campos como la medicina, la agricultura y la industria. Sin embargo, el conocimiento y el acceso de estos recursos requieren de enormes apoyos científicos y financieros que países como Colombia no se encuentra en capacidad de sufragar. Por ello, es de la mayor conveniencia que el Estado sea consciente de la necesidad de, por una parte, determinar las áreas de especial importancia ecológica y velar por su protección y, por la otra, de ser cuidadoso al negociar con países industrializados la explotación económica de ese material genético, pues tales acuerdos deben acarrear para nuestro país no solo beneficios económicos sino, lo que es de mayor interés, preparación e información científica y tecnológica que permita en un futuro, no solo adelantar nuestras propias investigaciones en estos asuntos, sino también contar con información permanente respecto de los avances científicos que se hayan logrado con base en recursos genéticos extraídos del territorio colombiano. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

858 Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, p. 50.

*Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos”.*

- iv) El artículo 4º determina una serie de reglas relativas a la relación del Protocolo con otras normas e instrumentos internacionales.
- v) El artículo 5º establece que las partes deben adoptar las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, en posesión de las comunidades indígenas y locales, y de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, sean compartidos de manera justa y equitativa con estas, con fundamento en condiciones mutuamente acordadas:

*“1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.*

*2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.*

*3. A fin de aplicar el párrafo 1 supra, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.*

*4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.*

*5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”.*

- vi) Respecto al acceso a los recursos genéticos, el artículo 6º establece que las Partes del acuerdo deben adoptar las medidas que procedan para asegurar que antes de que se acceda a los recursos genéticos se cuente con el consentimiento o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, cuando estas tengan el derecho a otorgar el referido acceso:



*“1. En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.*

*2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos”<sup>859</sup>.*

vii) El artículo 7º impone a las partes, en esta ocasión en relación al acceso a los conocimientos tradicionales, el mismo deber que el artículo 6º:

*“De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas”.*

viii) Por su parte el artículo 8º del Protocolo establece ciertas condiciones que cada Estado deberá tener en cuenta al aplicar y/o adoptar su legislación interna para regular el acceso y la participación en los beneficios. Así, debe: a) promoverse y alentarse la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, b) prestarse debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, y c) considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

ix) En el artículo 9º se insta a las partes para que los beneficios que se obtengan del uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos se dirijan a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica.

x) El artículo 10º establece la posibilidad de que las partes cuenten con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, que conozca sobre la participación justa y equitativa derivada de la utilización de los recursos genéticos y los co-

<sup>859</sup> Igualmente, señala la norma: “3. De conformidad con el párrafo 1 supra, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para: (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios; (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos; (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo; (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable; (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios; (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas: (i) Una cláusula sobre resolución de controversias; (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual; (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda”.

nocimientos tradicionales en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener el consentimiento previo:

*“Las Partes considerarán la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y con modalidades para este, para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial”<sup>860</sup>.*

- xi) El artículo 11 determina que las partes deben procurar cooperar, con la participación de las comunidades indígenas y locales, en la aplicación del Protocolo cuando los recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una parte. Lo mismo ocurre cuando se trate de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos compartidos por una o más comunidades indígenas o locales:

*“1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.*

*2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo”.*

- xii) El artículo 12 señala que las partes en el cumplimiento de sus obligaciones deben tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, respecto de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Asimismo, determina que las Partes, con la efectiva participación de las comunidades indígenas y locales respectivas, deben establecer mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sobre sus obligaciones para el acceso a estos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de estos.

860 Frente a esta norma la doctrina ha indicado: “El Artículo 10 del Protocolo de Nagoya insta a las Partes a “considerar la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios”. El Protocolo por lo tanto no crea un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, sino más bien instruye a las Partes para deliberar sobre si ese mecanismo sería necesario y, en caso afirmativo, cómo va a funcionar”. Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit., p. 144.

Finalmente, la indicada disposición prohíbe a las partes restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales. De esta manera establece:

*1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.*

*2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.*

*3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:*

*(a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;*

*(b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y*

*(c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.*

*4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio<sup>861</sup>.*

xiii) El artículo 13 autoriza la creación de un punto focal nacional para el acceso y la participación en los beneficios, el cual tiene como funciones dar a conocer información sobre: a) las solicitudes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, b) los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado o previo

861 Frente a esta norma la doctrina especializada ha señalado: "El Artículo 12(2) hace un llamado a las Partes, en cooperación con comunidades indígenas y locales pertinentes, para establecer mecanismos para informar de sus obligaciones a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. También identifica el Centro de Intercambio de Información de ABS jugando potencialmente un rol particular a este respecto. La obligación de cada Parte de establecer tales mecanismos en cooperación con cualquier comunidad indígena y local en cuestión es obligatoria ("se establecerá"). Sin embargo, no va más allá de informar a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de sus obligaciones, en virtud del Protocolo de Nagoya". *Ibidem*, p. 156.

o la participación o aprobación de las comunidades indígenas y locales, y c) las autoridades indígenas y locales pertinentes:

*“1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:*

*(a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;*

*(b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e*

*(c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes.*

*El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría”<sup>862</sup>.*

xiv) El artículo 14 crea el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, al cual las partes del Protocolo deben reportar, entre otra información, las autoridades competentes de las comunidades indígenas y locales<sup>863</sup>.

xv) El artículo 15 autoriza a las partes para adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que se acceda a los recursos genéticos con fundamento en el consentimiento previo e informado.

xvi) Por su parte el artículo 16 demanda a las partes de la Convención adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales dirigidas a garantizar que los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos hayan sido accedidos atendiendo el consentimiento fundamentado o con la aprobación o participación de las comunidades indígenas y locales:

862 Igualmente establece la norma: “2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas. 3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente. 4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes. 5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios”.

863 “2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá: (...) 3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir: (a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida; (b) Cláusulas contractuales modelo”.

*“1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.*

*2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 supra.*

*3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 supra”.*

xvii) El artículo 17 contiene una serie de medidas que las partes deben adoptar para vigilar y aumentar la transparencia en la utilización en los recursos genéticos.

xviii) El artículo 18 establece que las Partes del Protocolo deben incentivar a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos para que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones en materia de solución de controversias:

*“1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:*

*(a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;*

*(b) La ley aplicable; y/u*

*(c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.*

*2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.*

*3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:*

*(a) Acceso a la justicia; y*

*(b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales”.*

*4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo”.*

- xix) El artículo 19º alienta a las partes para que establezcan cláusulas contractuales modelo aplicables a las condiciones mutuamente acordadas.
- xx) El artículo 20 promueve la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en materia de acceso y participación en los beneficios.
- xxi) A través del artículo 21 se impone a las partes la adopción de medidas que tengan como objetivo concientizar sobre la importancia de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, así como también de las materias conexas de acceso y participación en los beneficios:

*“Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:*

*(a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;*

*(b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;*

*(e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;*

*(f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;*

*(g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;*

(h) *Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y*

(i) *Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales”.*

xxii) El artículo 22 señala que las Partes deben cooperar en la creación, desarrollo y fortalecimiento de capacidades y recursos humanos para la aplicación efectiva del Protocolo. Con este propósito se debe facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales:

*“1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. (...)*

*3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres”.*

xxiii) El artículo 23 determina que las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica, científica y de desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un mecanismo para lograr el objetivo del Protocolo.

xxiv) El artículo 24 invita a los Estados que no son parte a adherirse al Protocolo.

xxv) El artículo 25 establece el mecanismo financiero del Protocolo.

xxvi) Los artículos 26, 27, 28 y 29 se refieren a la reunión de las partes, los organismos subsidiarios, la Secretaría, la vigilancia y la presentación de informes.

xxvii) El artículo 30 señala que deberán adoptarse procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento del Protocolo.

xxviii) Los artículos 31 a 34 tratan lo referente a la evaluación y revisión del Protocolo, las firmas, la entrada en vigor, las reservas y la denuncia del tratado.

#### 4. El caso concreto

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta es necesario determinar si el Protocolo de Nagoya requiere de la celebración de un procedimiento de consulta previa, antes de que sea sometido a la aprobación del Congreso Nacional.

Para la Sala la respuesta a este interrogante es positiva, pues el Protocolo modifica el estatus de las comunidades étnicas al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa<sup>864</sup>. Además, desarrolla una materia reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales. Igualmente, el Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades.

##### 4.1. El Protocolo de Nagoya modifica el estatus de las comunidades étnicas

En el caso objeto de estudio la necesidad de adelantar la consulta previa para incorporar el Protocolo de Nagoya al ordenamiento jurídico colombiano encuentra sustento en el hecho de que su contenido modifica el estatus de las comunidades étnicas y por tanto se produce una afectación directa sobre estas<sup>865</sup>. En efecto, el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo de Nagoya reconoce el derecho a las comunidades indígenas y locales de otorgar el acceso a los recursos genéticos, cuando así les corresponda:

*“2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos”.*

La doctrina especializada ha señalado que esta norma otorgó a las referidas comunidades la potestad para determinar el acceso a los recursos genéticos:

*“El Artículo 6 del Protocolo de Nagoya sobre todo se basa en los distintos elementos del Artículo 15 del CDB (en los Párrafos 1, 2, 3, y 5) que tienen que ver con el estado de los recursos genéticos y las condiciones/requisitos de acceso. El Artículo 6 es la disposición fundamental que aborda el acceso a los recursos genéticos en el Protocolo. Estipula los derechos y obligaciones de los proveedores al momento de regular el acceso a los recursos genéticos.*

864 Es importante señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2016 realizó el juicio de constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Costa Rica, tratado que en su artículo 9.5 regula algunos aspectos de forma similar al Protocolo de Nagoya. Si bien la Corte concluyó que no era necesario realizar la consulta previa, pues no se afectaba directamente a las comunidades étnicas, en el Protocolo de Nagoya no se podría llegar a la misma conclusión, teniendo en cuenta que este último altera el estatus de las comunidades a través de sus disposiciones.

865 “Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. “Bajo ese orden, debido a que, como se ha reseñado, tiene que existir una afectación directa para que proceda la consulta previa, la Corte ha definido este concepto como aquella que se presenta cuando la medida a imponer genera restricciones o beneficios a la comunidad, alterando el estatus de sus integrantes o del grupo en general”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de julio de 2014, T-461/14.



El Párrafo 1 reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales y, por consiguiente, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con las legislaciones nacionales de ABS y los requisitos reglamentarios, y sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos. **En el Párrafo 2, se introduce un nuevo escenario, que no existía en el derecho internacional de acceso antes del Protocolo de Nagoya: el derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar el acceso a los recursos genéticos, donde ellas tengan establecido el derecho para permitir el acceso a dichos recursos. (...)**

**“El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya regula el acceso a los recursos genéticos que requieren consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales. Es un nuevo enfoque en el derecho internacional de ABS. En virtud del artículo 8(j) del CDB, los Estados deberán, en la medida de lo posible y según proceda, (solo) promover la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya ahora reconoce que las comunidades indígenas y locales pueden tener el derecho de conceder el acceso no solo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, sino también a los recursos genéticos como tal –es decir, recursos genéticos sin el conocimiento tradicional asociado a ellos. También introduce un requisito para el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a tales recursos. Además, define el papel de una Parte en el proceso de obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales.” (negritas fuera del texto)<sup>866</sup>.**

Por lo tanto, al establecer el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo un nuevo derecho para las comunidades indígenas y locales se está modificando su estatus, y en consecuencia afectando de forma directa a estas.

Adicionalmente, el numeral 4º del artículo 12 del Protocolo de Nagoya también impacta directamente a las comunidades étnicas, pues establece una medida de protección en favor de estas al prohibir a las Partes del Protocolo restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales<sup>867</sup>.

#### **4.2. El Protocolo de Nagoya desarrolla una materia contenida en el Convenio 169 de la OIT y reconocida en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades**

La jurisprudencia nacional ha establecido que procede la consulta previa en el caso de medidas que: i) están relacionadas con la explotación de recursos naturales en los terri-

<sup>866</sup> Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, pp. 104, 105, 110.

<sup>867</sup> “4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio”.

torios de las comunidades étnicas<sup>868</sup>, ii) se refieren a asuntos contenidos por el Convenio 169 de la OIT<sup>869</sup> y iii) regulan materias sobre los cuales las comunidades tienen derechos constitucionales específicos<sup>870</sup>.

Dentro de este marco, se justifica la realización de la consulta previa en el caso del Protocolo de Nagoya toda vez que este instrumento internacional regula el acceso a los recursos genéticos<sup>871</sup> y a los conocimientos tradicionales<sup>872</sup>, actividad que constituye una forma de explotar recursos naturales dentro del territorio de las comunidades étnicas. Así, la Corte Constitucional ha señalado:

*“Con todo, la Corte entiende que la explotación de los recursos naturales en la comunidades indígenas, de acuerdo con los términos que establece la Constitución y el Convenio que se estudia, abarca no solo cualquier actividad que implique la extracción material de esos recursos -desde los hidrocarburos y minerales hasta las riqueza genética- sino también las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos”<sup>873</sup>.*

Por lo tanto, la consulta previa encuentra sustento habida cuenta que el Protocolo de Nagoya es una medida que concierne a la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, actividad contenida en el Convenio de 169 de la OIT<sup>874</sup>

868 “De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que “materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En esta ocasión, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en los fallos anteriormente referidos, en las que establece que (i) toda medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades étnicas que se encuentran en el territorio nacional, debe someterse al proceso de consulta previa y, (ii) las materias concernientes a la confirmación de la entidad de dichas comunidades, tales como su territorio, la explotación de recursos naturales y los temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos, también deben someterse a dicho proceso”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

869 “Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (...) (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT. (...) En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa o administrativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

870 “De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación”. Ibidem. “En conclusión y adoptándose la regla jurisprudencial contenida en la sentencia C-366/11, la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15. “Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos”. Corte Constitucional. Sentencia del 11 de mayo de 2011, C-366/11.

871 “Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos”. Protocolo de Nagoya, artículo 3º.

872 El protocolo de Nagoya no define expresamente que se entiende por “conocimientos tradicionales”. Por su parte la doctrina lo ha definido de distintas maneras: “Siguiendo a Olivé, los conocimientos tradicionales se pueden entender como aquellos conocimientos que han sido generados, preservados, aplicados y utilizados por comunidades y pueblos tradicionales, como los grupos indígenas de América Latina, que constituyen una parte medular de las culturas de dichos pueblos, y tienen un enorme potencial para la comprensión y resolución de diferentes problemas sociales y ambientales”. Liliana Valladares y León Olivé. ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad, Cultura y representaciones sociales. Vol.10, No.19, 2015, p. 69. “Si bien resulta difícil dar una definición de conocimientos tradicionales que incorpore toda la diversidad de formas de expresión, en términos generales podría incluir a todo conocimiento, creación, innovación o expresión cultural perteneciente a grupos étnicos que se transmita de generación en generación y se desarrolle dentro de un esquema de educación no formal (Tobón Franco, 2006; Vargas Chaves, 2010)”. María Luz Enderé y Mercedes Mariano. Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. Quinto Sol. Vol. 17, No. 2, 2013, p. 2.

873 Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

874 “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales,

(artículo 15 del Convenio 169 de la OIT<sup>875</sup>), y sobre la cual los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados (artículo 330<sup>876</sup>).

#### 4.3. El Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades

La jurisprudencia también ha señalado que en la determinación de la afectación directa de las comunidades debe tomarse en consideración el significado<sup>877</sup> que para esta tienen los bienes o prácticas sociales impactadas con la medida<sup>878</sup>. En este sentido, la consulta previa encuentra justificación toda vez que los conocimientos tradicionales son un elemento de gran significado e interés<sup>879</sup> para las comunidades étnicas, pues, no solo su titularidad radica en cabeza de estas, sino que además se encuentran íntimamente ligados con su identidad y posibilidades de supervivencia<sup>880</sup>.

---

tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

875 "1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

876 "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

877 "Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

878 "La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta "aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieren directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

879 "Históricamente los pueblos indígenas han habitado en las zonas del planeta con mayor diversidad, desarrollando y manteniendo una estrecha relación con los recursos biológicos y genéticos. Durante siglos, estas comunidades han gestionado sus recursos a través de prácticas culturales que han atribuido a la tierra y a los recursos situados en ella un significado simbólico y social que excede a su inmediato valor extractivo. Las comunidades indígenas han protegido innumerables espacios naturales, especies o ecosistemas por múltiples razones, desde la subsistencia hasta motivos de índole cultural y espiritual, adquiriendo un profundo conocimiento del medio con el que se han relacionado a diario durante tantos años. Las formas de vida tradicionales han permitido a estas comunidades la acumulación de una ingente cantidad de sabiduría relacionada con los recursos de su entorno, participando también en su evolución y diversificación genética. La aportación de estos grupos humanos en este campo es esencial para el conjunto de conocimientos sobre los distintos componentes biológicos y sus usos tradicionales de la biodiversidad son indispensables para avanzar en la utilización sostenible de los recursos naturales. (...) Como sucede con cualquier otro tipo de recursos, el aprovechamiento comercial y la explotación industrial del material genético y de la sabiduría indígena conexas tiene costes y beneficios potenciales, siendo necesario un marco regulatorio adecuado para hacer frente a estos riesgos. Debido a la importancia crucial que estos recursos y conocimientos tienen para las estructuras económicas, sociales y culturales indígenas, los intereses de sus comunidades deben desempeñar un papel central tanto en los procesos normativos como en la puesta en marcha de políticas de protección, acceso y utilización de estos valiosos bienes". Pedro García Fuente, La regulación internacional del acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. RJUAM. No. 32, 2015, pp. 156-157. "A major concern of Indigenous people is that their cultural knowledge of plants, animals and the environment is being used by scientists, medical researchers, nutritionists and pharmaceutical companies for commercial gain, often without their informed consent and without any benefits flowing back to them". [Una preocupación importante para las comunidades indígenas es que su conocimiento tradicional sobre las plantas, los animales y el ambiente está siendo usado por los científicos, investigadores médicos, nutricionistas y compañías farmacéuticas para su beneficio comercial, generalmente sin su consentimiento informado y sin ningún beneficio para ellos]. (traducción libre). Terri Janke, Our culture: our future. ATSIC, 1998, p. 24.

880 "No podemos olvidar que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos poseen, para los pueblos indígenas, un gran valor social, cultural, espiritual y económico (...) en el caso de los conocimientos tradicionales no hay dudas sobre que su titularidad y su propiedad corresponde a las comunidades que los custodian y los mantienen vivos (...)" García Fuentes, pp. 174, 176. "Indigenous peoples themselves have repeatedly claimed that they have fundamental rights to IK because it is necessary to their cultural survival, and this principle is increasingly being recognized in international law". [Las comunidades indígenas han reclamado repetidamente que ellos tienen un derecho fundamental al CI (conocimiento indígena) porque es necesario para su supervivencia cultural, y este principio está siendo reconocido de forma reciente en el derecho internacional] (traducción libre). Francesco Mauro y Presto D. Hardison, Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities: International Debate and Policy Initiatives. Ecological Applications. Vol. 10. No. 5. 2000, p. 1263.

Lo anterior es reconocido por el propio Protocolo de Nagoya, el cual señala en su Preámbulo que los conocimientos tradicionales pertenecen o son poseídos por las comunidades indígenas y locales<sup>881</sup>, son inseparables de estas e importantes para la conservación de sus medios de vida. Igualmente, el Protocolo reconoce que son estas quienes tienen el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos dentro de sus comunidades<sup>882</sup>.

El Convenio No. 169 de la OIT destaca también en su artículo 23 la importancia de los conocimientos tradicionales para el mantenimiento de la cultura, la autosuficiencia y el desarrollo económico de las comunidades indígenas y tribales:

*“1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.*

*2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo”*

De otra parte, un tercer instrumento internacional que reconoce la estrecha conexión y relevancia de los conocimientos tradicionales para las comunidades étnicas es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General del 13 de septiembre de 2007, la cual indicó en su artículo 31:

*“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a*

881 “Pese a la situación bastante desalentadora pero real en la que viven los pueblos y las comunidades indígenas, resulta admirable constatar que han podido desarrollar y mantener a lo largo del tiempo conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica, a saber, CT sobre ecosistemas y especies fundamentalmente, que no solamente han contribuido a su bienestar, sino al bienestar de la humanidad en su conjunto. La literatura y documentación es abundante sobre, por ejemplo, el aporte de las comunidades amazónicas en la identificación de plantas medicinales con comprobadas propiedades curativas. Asimismo, sus aportes en la domesticación y el conocimiento sobre cultivos alimenticios, están bastante bien documentados, tanto en el nivel de su valor de uso para los propios grupos indígenas como a nivel de la importancia agronómica que tienen para el mundo exterior. La información y estudios en etno-botánica y etno-farmacología amazónica son, asimismo, abundantes”. Manuel Ruiz Muller, La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina. UICN, 2006, p. 40.

882 “Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades, Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales”.

*mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*

*2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.*

Ahora bien, la consulta previa debe realizarse antes de que el Presidente de la República someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso. En este sentido se ha indicado:

*“Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República”<sup>883</sup>.*

Igualmente, en otra oportunidad se determinó:

*“En ese contexto, se manifestó en el fallo que la eficacia de la consulta a las comunidades étnicas dependerá de si esta tiene ocurrencia antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso, pudiendo realizarse o bien durante la etapa de negociación, mediante la creación, por ejemplo, de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado, esto es, luego de la firma del tratado. Preciso la Corte que si la consulta “se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado” (...)*

*En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la consulta previa a los grupos étnicos que puedan resultar afectados directamente por un tratado, “constituye un requisito de procedimiento que debe surtirse antes del trámite legislativo respectivo”, pues, de hacerlo con posterioridad, se trataría “no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido”<sup>884</sup>.*

883 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de las comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido”. (...) Siendo ello así, (...) la consulta previa (...) deberá llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

884 Igualmente señaló: “Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral-, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

En suma, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Congreso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesario que previamente se celebre la consulta previa con las comunidades étnicas.

Igualmente, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

#### 4.4. El procedimiento de consulta previa

Una vez se ha establecido la necesidad de adelantar la consulta previa, la Sala considera apropiado referirse a algunos aspectos del procedimiento que debe surtir. En este sentido, el procedimiento de consulta previa debe:

- i) Dirigirse a lograr el consentimiento de las comunidades étnicas<sup>885</sup>.
- ii) Permitir que estas tengan una participación oportuna, activa<sup>886</sup> y efectiva<sup>887</sup>.
- iii) Tener en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad<sup>888</sup>.
- iv) Garantizar la participación de todas las comunidades afectadas<sup>889</sup>.
- v) Desarrollarse de manera respetuosa y de buena fe, y
- vi) Como mecanismo de protección, permitir la participación de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo<sup>890</sup>.

885 "La sentencia T-576 de 2014 recogió algunas de esas características. Según la Corte, conforme al artículo 6º del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

886 "Dicho en otras palabras, la institución de la consulta previa busca que las comunidades tradicionales tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones que corresponda adoptar a las autoridades, en asuntos que las involucre, cualquiera sea la materia de que se trate, en procura de que tales decisiones sean en lo posible acordadas o concertadas, desprovistas de arbitrariedad y de autoritarismo, y, en todo caso, razonables y proporcionadas al fin constitucional impuesto al Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Desde ese punto de vista, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el que se establezca, de común acuerdo entre las autoridades estatales y los representantes de los grupos étnicos, las bases del proceso participativo". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

887 "Por su parte, que el proceso de consulta sea efectivo significa que el punto de vista de las comunidades étnicas "debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas", frente a lo cual resulta insuficiente la simple notificación del proyecto a los pueblos interesados o la celebración de reuniones puramente informativas de decisiones ya adoptadas". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290).

888 "Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados: lo que se ha entendido como la exigencia de que el proceso consultivo tenga en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad y brinde "un escenario efectivo de participación". Ibidem.

889 "En séptimo lugar, muy relacionado con lo anterior, los mecanismos de consulta deben garantizar la participación de cada comunidad afectada. Esto significa, por un lado, que el nivel de participación debe estar dado por el nivel de afectación. De este modo, si hay una afectación directa a una o varias comunidades de un municipio concreto, por ejemplo, el proceso de consulta no se puede llevar a cabo con instancias representativas del orden nacional o municipal, sino que se debe garantizar la participación de los representantes de cada una de esas comunidades (que reflejen sus intereses, costumbres, prácticas, etc.). Por el otro lado, atendiendo a los derechos de participación de las comunidades étnicas que se distinguen en varios niveles, no se aceptan como consulta previa, mecanismos que involucren a grupos poblacionales más grandes que abarquen a las comunidades étnicas (como un referendo u otros mecanismos de participación ciudadana). La consulta previa es un derecho propio de estas comunidades cuyo proceso las debe involucrar de manera independiente, exclusiva y autónoma". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

890 "Finalmente, como garantía adicional en el marco de este elemento, la Corte Constitucional aseveró la obligación de garantizar la presencia y participación de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, cuando así lo solicite la comunidad, para que dentro del

En relación a actividades concretas a adoptar dentro del procedimiento de consulta previa, resulta útil acudir a lo indicado en la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional en la cual se ordenaron una serie de acciones a desarrollar en una consulta previa de una medida de carácter general<sup>891</sup>. En este sentido, para el caso objeto de estudio podría procederse de la siguiente manera:

- i) Debe permitirse la participación de todas las comunidades étnicas que se consideren con derecho a participar en el proceso de consulta, sin importar si son rurales o urbanas, o la forma organizativa que tengan. Dicha participación debe adelantarse a través de delegados escogidos por ellas<sup>892</sup>.
- ii) Con el propósito de garantizar los principios de publicidad, transparencia y buena fe, la convocatoria al proceso consultivo debe publicarse, al menos, en la página web del Ministerio del Interior, el sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y en periódicos de circulación nacional y regional<sup>893</sup>.
- iii) Debe indicarse en la convocatoria la fecha, hora y lugar en la que se adelantará la primera etapa del proceso consultivo (preconsulta) así como también el objeto de la misma<sup>894</sup>.
- iv) Igualmente, debe publicarse, a través de los medios señalados en el numeral ii) tanto el texto del Protocolo de Nagoya, como un documento explicativo que presente de forma sencilla y comprensible el contenido del Protocolo<sup>895</sup>.

---

ámbito de sus competencias, velen por la correcta realización del proceso consultivo y aseguren la protección de los derechos de los pueblos étnicos". Ibidem.

891 En la referida sentencia la Corte ordenó: "Dejar sin efectos, por las razones señaladas en esta providencia, la Resolución 121 de 2012, "Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones" y los demás actos administrativos que se profirieron a su amparo, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones". Corte Constitucional. Sentencia del 4 de agosto de 2014, T-576/14.

892 "En línea con lo que aquí se ha expuesto, dicho proceso de consulta deberá permitir la participación de todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en él, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario". Ibidem.

893 "Adicionalmente, para garantizar que la convocatoria a participar en dicho proceso cumpla con los requisitos de publicidad, transparencia y buena fe que deben caracterizar este tipo de procesos, la Sala ordenará que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Ministerio del Interior divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional, la convocatoria al citado proceso consultivo, el cual, en los términos señalados en el acápite precedente". Ibidem.

894 "La convocatoria deberá sujetarse a las siguientes reglas: i) se dirigirá a todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en dicho proceso, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario; ii) deberá indicar de forma precisa la fecha, la hora y el lugar en el que se realizará la primera etapa del proceso consultivo, esto es, la de preconsulta, la cual, por razones logísticas, deberá llevarse a cabo en el marco de asambleas departamentales y iii) deberá especificar que el objeto del referido proceso consultivo es la integración de la instancia de participación con la cual se consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras". Ibidem.

895 "Cuarto.- Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la "Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas" aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a "los participantes del proceso de consulta", por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia". Ibidem.

- v) El Ministerio del Interior debe contar de forma permanente con un link de fácil visibilidad o acceso en su página web a través del cual los interesados puedan acceder a los documentos señalados en el numeral anterior, al cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta) y a los informes sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el desarrollo del proceso<sup>896</sup>.
- vi) Se debe contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación<sup>897</sup>. Igualmente, si se considera apropiado, podría invitarse a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Con base en lo anterior,

### LA SALA RESPONDE

*1. “Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la Ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?”*

El Protocolo de Nagoya afecta directamente a las comunidades étnicas, pues: i) modifica su estatus al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa; ii) concierne a la explotación de recursos naturales en sus territorios, actividad regulada en el artículo 15 del Convenio de 169 de la OIT y sobre la cual tienen el derecho constitucional a ser consultadas (artículo 330 de la Constitución Política); y iii) contiene disposiciones de gran interés y significado para ellas.

Por lo tanto, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Con-

<sup>896</sup> “Sexto.- Ordenar que, como garantía de transparencia del proceso de consulta previa mediante el cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Ministerio del Interior deberá publicar un vínculo de fácil visibilidad y acceso en su página web en el que, además de mantener a disposición de los interesados la “Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas” y la propuesta que eventualmente formule el gobierno sobre el particular, informe sobre el cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta), y sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el curso del mismo. Dicho vínculo, que deberá publicarse, también, en la página web del Programa Presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de la Población Afrocolombiana, Negra y Raizal de la Presidencia de la República, deberá incluir posteriormente la información definitiva sobre las reglas que determinarán el funcionamiento de la respectiva instancia de consulta, identificar a sus integrantes y divulgar los procesos de consulta previa de medidas de amplio alcance en los que participen, para conocimiento de todas las comunidades interesadas”. Ibidem.

<sup>897</sup> “Por último, la Sala le solicitará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegadas, y en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional, acompañen el desarrollo del proceso de consulta previa de las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y ejerzan las labores tendientes a lograr el pleno cumplimiento de este fallo.

Igualmente, dispondrá que el contenido de la presente decisión se comunique al representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objeto de que, en ejercicio de las funciones que se inscriben en el marco de su mandato, acompañe el cumplimiento de la presente decisión y realice las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes”. Ibidem.



greso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesaria la celebración de consulta previa con las comunidades étnicas.

Por otro lado, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y la jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

Remítase al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible 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.

---

## IX. OTROS ASUNTOS

---



## 1. Acceso a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA).

### Radicado 2112

Fecha: 09/04/2013

Consejero Ponente: *Augusto Hernández Becerra*

Levantamiento de la reserva mediante auto de 18 de abril de 2017

La señora Ministra de Educación Nacional solicita concepto de esta Sala acerca de la posibilidad de que el Ministerio de Educación acceda a la información contenida en el Registro Único de Aportantes del Sistema de Seguridad Social Integral (RUA), en particular, la relacionada con el ingreso base de cotización (IBC) de las personas graduadas de los programas académicos de educación superior, para cumplir las funciones relacionadas con el Observatorio Laboral para la Educación.

### I. Antecedentes

De acuerdo con la consulta ha surgido una discrepancia conceptual entre el Ministerio de Educación Nacional y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) acerca del acceso, por parte del Ministerio de Educación, a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA), administrado por la UGPP, especialmente en lo relacionado con el ingreso base de cotización (IBC) de las personas graduadas de los programas académicos de educación superior, para cumplir las funciones asignadas a ese Ministerio en relación con el Observatorio Laboral para la Educación<sup>898</sup>.

En efecto, mientras el Ministerio de Educación Nacional considera que se encuentra constitucional y legalmente facultado para conocer dichos datos, la UGPP estima que ello no es jurídicamente viable por tratarse de información reservada.

#### 1. Argumentos de la UGPP

Según refiere la señora Ministra de Educación Nacional, la posición de la UGPP se basa en los siguientes argumentos:

##### a. Naturaleza tributaria de los aportes parafiscales

La UGPP parte del presupuesto de considerar que los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social Integral son contribuciones parafiscales y, por lo tanto, tributos, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia.

##### b. La reserva tributaria

Del anterior aserto deduce la UGPP que la información referente a la liquidación y pago de tales contribuciones, incluyendo el ingreso base de cotización de los afiliados, entre

<sup>898</sup> Con el fin de analizar, entre otros aspectos, la pertinencia de la educación superior con respecto al mercado laboral, incluyendo el número de graduados que ingresan al sector formal de la economía, sus ingresos promedio, etc.

otros datos, es información protegida por la reserva que en materia tributaria consagran los artículos 583 y siguientes del Estatuto Tributario, por lo cual dichos datos solamente pueden ser suministrados a las personas directamente involucradas en ellos (sus titulares) y a las autoridades judiciales y administrativas que señala el Estatuto, dentro de las cuales no se encuentra el Ministerio de Educación.

Complementariamente, la UGPP considera que los datos contenidos en el RUA constituyen información personal, que no tiene carácter público, de acuerdo con lo previsto en la ley 1266 de 2008 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, razón por la cual su acceso es restringido. Por tal razón, en el evento de que dichos datos sean solicitados por una autoridad administrativa, solo pueden ser entregados cuando esta los requiera para el cumplimiento de sus funciones.

### **c. Necesidad de los datos contenidos en el RUA por parte del Ministerio de Educación Nacional e información estadística**

Por último, la UGPP manifiesta que al revisar las normas que establecen las funciones del Ministerio de Educación Nacional, no ha encontrado ninguna que implique la necesidad, para ese Ministerio, de contar con los datos desagregados o pormenorizados de los ingresos obtenidos por los profesionales recién graduados que cotizan al Sistema de Seguridad Social.

Con todo, para permitir el adecuado cumplimiento de las funciones del Ministerio de Educación relacionadas con el Observatorio Laboral, la UGPP se ha ofrecido a hacer los cruces de información que sean necesarios para suministrar al Ministerio los datos estadísticos o impersonales que requiera.

## **2. Posición del Ministerio de Educación Nacional**

### **a. Los datos contenidos en el RUA corresponden a información de carácter semiprivado**

El Ministerio de Educación Nacional considera que los datos almacenados en el RUA corresponden a información de carácter *semiprivado*, conforme a las categorías y definiciones consagradas en la ley 1266 de 2008 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “habeas data”, por tratarse de datos de contenido financiero, comercial y crediticio. Por esta razón, dicha información puede ser válidamente suministrada a las autoridades administrativas que la necesiten para el cumplimiento de sus funciones, según lo dispuesto en el artículo 5º, literal d) de la Ley 1266 de 2008.

### **b. Necesidad de la información por parte del Ministerio de Educación Nacional para el cumplimiento de sus funciones**

El Ministerio de Educación Nacional manifiesta que requiere la información contenida en el RUA, especialmente la relativa al ingreso base de cotización (IBC) de los graduados, con el fin de producir los datos estadísticos con los que aspira a contar el Observatorio Laboral para cumplir con sus funciones, de acuerdo con lo previsto en el Plan Sectorial de

Educación 2010-2014 y el Decreto 5012 de 2009, sin que exista en la actualidad otra base de datos que pueda utilizar el Ministerio para dicho propósito

Con fundamento en las razones expuestas, la Ministra de Educación Nacional formula a la Sala la siguiente pregunta:

*“¿Para cumplir las funciones relacionadas con el Observatorio Laboral para la Educación, puede el Ministerio de Educación Nacional acceder a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA), relacionada con el Ingreso Base de Cotización (IBC) de las personas graduadas en programas académicos de educación superior?”*

### **PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA**

Para dar respuesta a la pregunta formulada por la señora Ministra de Educación, la Sala desarrollará, en su orden, los siguientes puntos: 1) El Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral y la UGPP; 2) la reserva tributaria; 3) naturaleza de los datos contenidos en el RUA, y 4) acceso a la información por parte del Ministerio de Educación Nacional.

#### **1. El Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral (RUA) y la UGPP**

a. El artículo 91 de la Ley 488 de 1998, *“por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales”*, que modificó el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, *“por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones”*, dispuso:

*“Artículo 91. Normas aplicables a la recaudación y administración de contribuciones y aportes a la nómina. El artículo 54 de la Ley 383 de 1997, quedará así: (...)*

*‘Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente disposición, el Gobierno nacional pondrá en operación el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Nacional (sic) Integral. Dicho registro se conformará con base en la información que sobre sus aportantes deberán mantener actualizada las distintas entidades administrativas de riesgos, y cuyas especificaciones técnicas serán establecidas por los órganos de control del sistema. Este Registro Único de Aportes (sic) deberá contar con la información completa, confiable y oportuna sobre los aportantes, afiliados y beneficiarios al sistema, de tal manera que se convierta en una herramienta para el control del cumplimiento de las obligaciones que la ley establece en materia de seguridad social y para la adecuada prestación de los servicios y reconocimiento de los derechos que el mismo contempla’”<sup>899</sup>.*

El Gobierno nacional, con fundamento en las facultades a que se refiere la norma transcrita, expidió el Decreto 1406 de 1999, mediante el cual encargó al Ministerio de Hacienda

<sup>899</sup> Esta norma, a su vez, fue modificada luego por el artículo 99 de la Ley 633 de 2000.

y Crédito Público la tarea de desarrollar y poner en funcionamiento el RUA. El artículo 6º del citado Decreto estatuyó:

*“Artículo 6º. Administración y fines del Registro Único de Aportantes. Con base en las especificaciones técnicas que han establecido las Superintendencias Bancaria y de Salud, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantará las gestiones que permitan llevar a cabo el desarrollo del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral de que trata el artículo anterior, y su puesta en operación, de acuerdo con lo establecido el (sic) inciso 3º del artículo 91 de la Ley 488 de 1998...*

*“Las Superintendencias Bancaria y de Salud establecerán, conjuntamente, las condiciones y requisitos que deberán cumplir las entidades administradoras para efectuar el suministro de información que manejen en sus registros, a fin de garantizar que el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral cuente con información completa, confiable y oportuna...*

*“El Registro Único de Aportantes se desarrollará en forma modular. El módulo básico del mismo deberá contener, como mínimo, la información a que aluden los literales a) al c) y f) del artículo 9º del presente decreto. Este módulo básico podrá ser completado posteriormente con la información obtenida a través de la inscripción en el registro; al igual que con aquella relativa a las fechas de afiliación al sistema; el tipo y estado de la misma; la identificación del departamento y municipio en que aparece registrado el afiliado y sus beneficiarios, según el riesgo de que se trate, y en general toda la información que se estime conveniente para el logro de los fines que con tal registro se persiguen”*

El artículo 9º del citado Decreto establece el contenido del formulario para la declaración de autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social, incluyendo, en los literales a) al c) y f), los siguientes datos: a) Apellidos y nombres o razón social del aportante, con indicación de su respectivo NIT; b) período de cotización; c) apellidos, nombres y documentos de identidad de cada uno de los afiliados, y f) ingreso base de cotización.

Por su parte, el artículo 14 del mismo Decreto dispone en lo pertinente:

***“Artículo 14. Reserva de la Declaración. La información respecto de las bases y la autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral que figuren en las declaraciones respectivas, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de las entidades administradoras solo podrán utilizarla para el control del cumplimiento de las obligaciones existentes para con el Sistema, para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales o indemnizatorias que este contempla y para efectos de informaciones impersonales de estadística* (resalta la Sala). (...)**

*“A igual reserva en el manejo de la información estarán sometidos los funcionarios de los órganos de control, quienes podrán acceder a ella en los términos y para los fines que establezcan las normas que definen sus competencias. Similar situación existirá con relación a los funcionarios de la entidad que maneje el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral...”*

b. El artículo 91 de la Ley 488 de 1998 fue modificado por el 99 de la Ley 633 de 2000 en los siguientes términos:

*“Artículo 91. Normas aplicables al control del pago de aportes parafiscales en materia de seguridad social. (...)*

*“Además de las obligaciones establecidas en la presente disposición, las entidades administradoras de los distintos riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, y las entidades administradoras de los regímenes especiales que existan en materia de seguridad social, **tendrán la obligación de suministrar a la entidad encargada de la administración del Registro Único de Aportantes, RUA, la información relativa a sus aportantes, afiliados y beneficiarios dentro de los términos y con los requisitos que establezca el reglamento. El Registro Único de Aportantes, RUA, deberá contar con la información completa, confiable y oportuna sobre los aportantes, afiliados y beneficiarios al Sistema de Seguridad Social Integral y a los regímenes especiales en materia de seguridad social, de tal manera que el mismo se constituye en una herramienta para el control del cumplimiento de las obligaciones que la ley establece en materia de seguridad social**”.* (Se subraya).

Como se observa, la información contenida en el RUA corresponde a datos de los aportantes, afiliados y beneficiarios de los subsistemas que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral. Dicha información proviene, principalmente, de los datos que los aportantes entregan a las respectivas entidades administradoras al momento de inscribirse en dicho Registro y al presentar sus declaraciones de autoliquidación, y que tales entidades, a su vez, suministran a la UGPP. Entre tales datos, el artículo 14 del Decreto 1406 de 1999 califica como “reservados” aquellos referentes a “las bases” de liquidación (que, según entiende la Sala, corresponden al ingreso base de cotización de cada afiliado) y a la autoliquidación de los aportes.

c. Ahora bien, mediante el Decreto 889 de 2001 se designó como “Órgano de Administración del RUA” al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y se expidieron otras disposiciones para el adecuado funcionamiento de dicho Registro. Entre ellas, el artículo 13 reiteró la reserva consagrada en el artículo 14 del Decreto 1406 de 1999 sobre la información que las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social le reporten al órgano de administración del RUA.

Posteriormente el artículo 156 de la ley 1151 de 2007, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”, creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Dicha norma le asignó como función, entre otras, la de efectuar “*las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social*”. La misma disposición le otorgó a la UGPP y a las diferentes entidades administradoras públicas de dichos recursos, “*las facultades a que se refiere el artículo 664 y demás normas concordantes del Estatuto Tributario*”. Igualmente, el penúltimo inciso de la norma comentada



señala que, “en lo previsto en este artículo, **los procedimientos de liquidación oficial se ajustarán a lo establecido en el Estatuto Tributario, Libro V, Títulos I, IV, V y VI**” (Resalta la Sala).

Finalmente, mediante los Decretos 169 de 2008, 5021 de 2009 y 2128 de 2011 se regularon la estructura y las funciones de la UGPP, y el último de dichos decretos asignó a la UGPP la función de administrar el Registro Único de Aportantes (RUA), con las mismas atribuciones que para el efecto tenía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

## 2. La reserva tributaria

La reserva tributaria está regulada en los artículos 583 a 587-1 del Estatuto Tributario, expedido mediante el Decreto 624 de 1989. La primera de las normas citadas define esta reserva en los siguientes términos:

*“Artículo 583. Reserva de la declaración. La información tributaria respecto **de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias**, tendrá el carácter de información **reservada**; por consiguiente, los funcionarios **de la Dirección General de Impuestos Nacionales solo** podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración **de los impuestos** y para efectos de informaciones impersonales de estadística. ... (Negrillas fuera del texto).*

Observa la Sala que, según lo dispuesto en el aparte resaltado, la denominada “reserva tributaria” recae sobre las declaraciones de impuestos que presentan los contribuyentes y la información contenida en los mismos, especialmente en cuanto a las bases gravables y la determinación privada de los impuestos. El artículo 583 del Estatuto Tributario impone una limitación de orden legal a las atribuciones de la autoridad tributaria, particularmente en los procesos de recaudo, fiscalización y determinación oficial de los impuestos, con el fin de que la información voluntariamente entregada por los contribuyentes<sup>900</sup> a la Administración, para el cálculo y la auto-liquidación de sus impuestos, sea utilizada exclusivamente por los funcionarios competentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, únicamente para el cumplimiento de las funciones indicadas, y no podrá ser suministrada a terceros, ya se trate de particulares o de servidores o entidades públicas, con las excepciones consagradas en la misma norma citada, los artículos subsiguientes del Estatuto Tributario y algunas disposiciones especiales.<sup>901</sup>

<sup>900</sup> Aunque en cumplimiento de un deber constitucional y legal.

<sup>901</sup> Aparte de la publicación o suministro de información estadística o impersonal producida por la DIAN con los datos de las declaraciones privadas, los eventos en los que puede levantarse esta reserva son: 1) A las autoridades que soliciten la información en el curso de procesos penales (Art. 583, inciso 2º del E.T.); 2) a la dependencia encargada de investigar y controlar el lavado de activos (Art. 583 E.T., parágrafo); 3) a cualquier persona expresamente autorizada por el contribuyente (Art. 584 E.T.); 4) a las secretarías de hacienda departamentales y municipales, en desarrollo de cruces o intercambios de información entre dichas autoridades (Art. 585 E.T.); 5) a las entidades privadas que la DIAN llegare a contratar para el procesamiento de datos, liquidación y contabilización de los impuestos por sistemas electrónicos (Art. 586 E.T.); 6) al Instituto de Seguros Sociales, al I.C.B.F., al SENA, a las cajas de compensación familiar y a sus asociaciones y federaciones, para controlar el pago de los respectivos aportes parafiscales (Art. 587 E.T.); 7) al Instituto Nacional de Concesiones (INCO), o quien haga sus veces, para verificar la información de los proponentes que participen en procesos de contratación adelantados por dicho Instituto, en cuantía superior a 41.000 UVT, y 8) a otras autoridades, en casos expresamente previstos en normas especiales de orden legal, como el artículo 104 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que faculta a los defensores de familia, a los comisarios de familia y, en su defecto, a las inspectoras de policía para solicitar a la DIAN información sobre la solvencia económica de las personas obligadas a pagar alimentos.

Lo que persiguen los artículos 583 y siguientes del Estatuto Tributario es proteger la información económica personal de los contribuyentes, de tal manera que esta solo sea conocida y utilizada por la misma entidad para sus labores de fiscalización tributaria y, excepcionalmente, para los otros fines previstos en tales disposiciones. En esa medida, las declaraciones de autoliquidación de aportes parafiscales del Sistema de Seguridad Social Integral, que los empleadores y demás aportantes presentan ante las entidades administradoras de los diferentes subsistemas que lo integran, por tratarse de documentos privados que contienen información sensible de las personas, están protegidos por el derecho a la intimidad en los términos del artículo 15 de la Constitución Política.

### 3. Naturaleza de los datos contenidos en el RUA

a. Tal como arriba se indicó, el RUA se alimenta principalmente de la información suministrada por los aportantes en las declaraciones de autoliquidación de aportes, pero también recibe datos de otras fuentes, como los registros de inscripción de los aportantes en cada una de las administradoras y la información que estas envían a la UGPP (estado de los afiliados, novedades etc.)

Al integrarse, organizarse y sistematizarse toda esa información de un gran número de personas en el RUA se conforma una importante base de datos de información personal<sup>902</sup> operada por una entidad del Estado (la UGPP), cuya administración queda sometida, por lo tanto, a lo preceptuado respecto del “habeas data” en el artículo 15 de la Constitución Política<sup>903</sup> y en las leyes estatutarias sobre la materia, así como a lo señalado por la jurisprudencia a este respecto.

b. El legislador ha expedido dos leyes estatutarias para regular este derecho: la Ley 1266 de 2008 y la Ley 1581 de 2012. Cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación separado, salvo en lo atinente a los principios sobre la protección de los datos personales, en donde resultan complementarias<sup>904</sup>.

De acuerdo con el artículo 2º (“Ámbito de aplicación”) de la Ley 1581 de 2012, “*por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”, dicha normatividad no aplica, entre otros casos, a las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008 (literal e).

El texto de la Ley 1266, “*por la cual se dictan disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones*”, sugiere que dicha regulación aplica, en general, a todas las bases de datos personales, con excepción de las señaladas en el artículo 2º ibídem. Sin embargo, la

902 El artículo 3º de la Ley 1581 de 2012 define las expresiones “base de datos” como el “conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento” (literal b); “dato personal”, como “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” (literal c), y “Tratamiento”, como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso circulación o supresión” (literal g).

903 “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

“En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (...)”

904 Según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1266 de 2008 y en el párrafo del artículo 2º de la Ley 1581 de 2012.

Corte Constitucional, en la sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008, mediante la cual efectuó la revisión de constitucionalidad del respectivo proyecto de ley estatutaria, puntualizó que dicho proyecto (y, por ende, la Ley) tenía por objeto regular exclusivamente los bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de otros países que tuviera el mismo carácter, y no otro tipo de bancos de datos. Este mismo criterio fue ratificado en la sentencia C-748 de 2011, donde revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que luego devino en la Ley 1581 de 2012.

c. Para determinar si la Ley 1266 de 2008 es aplicable a los datos consignados en el RUA, especialmente en relación con el ingreso base de cotización de los afiliados, es necesario establecer, por tanto, si dichos datos corresponden a información financiera, crediticia, comercial o de servicios.

El literal h) del artículo 3º de la Ley 1266 define la “*información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países*” como “*aquella referida al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias, independientemente de la naturaleza **del contrato** que les dé origen*” (Negrillas fuera del texto).

Resulta así evidente que los datos registrados en el RUA **no** contienen información financiera, crediticia, comercial o de servicios, ya que los datos de dicho Registro se refieren al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones **de carácter legal**, como es la de pagar las contribuciones parafiscales a la Seguridad Social, que está en cabeza de todas las personas naturales y jurídicas obligadas a ello, y no al nacimiento, ejecución y extinción de obligaciones dinerarias contractuales, que es a lo que se refiere el artículo 3º, literal h) de la citada Ley. Además, aun cuando la información contenida en el RUA pudiera ser utilizada, eventualmente, para medir el riesgo crediticio de las personas, dicho sistema de información no fue creado con ese propósito, ni debe utilizarse para ello, sino exclusivamente con el fin de controlar el pago efectivo de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y el cumplimiento de los otros deberes relacionados con el mismo.

Esta interpretación restringida del término armoniza con lo dispuesto en otros apartes de la Ley<sup>905</sup> y con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>906</sup>.

d. Es necesario precisar que, aun cuando la información del RUA no sea de carácter financiero, crediticio, comercial o de servicios, dicha información comprende dos clases de datos, de acuerdo con la clasificación efectuada por la jurisprudencia constitucional: por un lado datos públicos, que no tienen ninguna clase de restricción en su circulación, como aquellos atinentes a los nombres y números de documento de identidad de los graduados, información que proviene de fuentes públicas, como el Registro Civil, y de

905 Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 1266 de 2008 señala que “*la actividad de administración de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países ... favorece una actividad de interés público, como lo es la actividad financiera propiamente, por cuanto ayuda a la democratización del crédito, promueve el desarrollo de la actividad de crédito, la protección de la confianza pública en el sistema financiero y la estabilidad del mismo, y genera otros beneficios para la economía nacional y en especial para la actividad financiera, crediticia, comercial o de servicios del país*”.

906 La Corte, en la sentencia C- 1011 de 2008 afirmó: “*De otro lado, debe insistirse en que la fórmula adoptada por el legislador estatutario, según la cual el dato financiero, comercial y crediticio es aquel referido al nacimiento, ejecución y extinción de las obligaciones dinerarias, engloba las distintas variables de información personal que resultan pertinentes para el cálculo del riesgo crediticio, en tanto variable que interesa a la administración de datos personales regulada por la norma estatutaria. En ese sentido, la adición de cláusulas que amplían la definición al punto de tornarla vaga e imprecisa, es incompatible con el principio de finalidad antes citado*”.

otra parte datos de carácter semiprivado, es decir, información que concierne al respectivo titular y a otras personas, entidades o sectores de la sociedad, como los datos sobre el estado de afiliación de tales personas, los regímenes y las entidades a las cuales se encuentra afiliado, su ingreso base de cotización, el valor de sus aportes, etc. Así lo manifestó también la Corte en la sentencia C-1011 de 2008:

*“La información semiprivada es aquel dato personal o impersonal que, al no pertenecer a la categoría de información pública, sí requiere de algún grado de limitación para su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación. Por ende, se trata de información que solo puede accederse por orden de autoridad judicial o administrativa y para los fines propios de sus funciones, o a través del cumplimiento de los principios de administración de datos personales antes analizados. Ejemplo de estos datos son la información relacionada con el comportamiento financiero, comercial y crediticio y los datos sobre la seguridad social distintos a aquellos que tienen que ver con las condiciones médicas de los usuarios”*

e. Aun cuando el manejo y la circulación de los datos consignados en el RUA no se encuentran regulados por la Ley 1266 de 2008, sobre este punto la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-1011 de 2008, luego de explicar que su ámbito de aplicación se restringe a la información financiera, crediticia, comercial y de servicios, explicó:

*“... la Sala considera imprescindible expresar... que las distintas modalidades de administración de datos personales, **como es el caso de la recopilación, tratamiento y circulación de datos en materia de seguridad social, asuntos tributarios**, la realizada por las instituciones de inteligencia y seguridad del Estado, el registro mercantil, **las bases de datos de naturaleza tributaria**, etc., continúan cobijadas por las garantías contenidas en el artículo 15 de la Constitución y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte...”* (Negritillas fuera del texto).

f. Es del caso aclarar que en ese momento no existía otra ley estatutaria que regulara de manera general el “habeas data”, normatividad que aparecerá más tarde en la Ley 1581 de 2012, “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, la cual comprende, entre otros aspectos, las bases de datos personales administradas por entidades públicas con información tributaria y/o de la Seguridad Social, como el RUA.

Resulta pertinente recordar algunos de los principios de la administración de datos personales que consagra y define la Ley 1581. Uno de ellos es el del acceso y la circulación restringida, el cual consiste en que *“el Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento solo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley”*<sup>907</sup>. Otro de dichos principios es el de la finalidad, que la misma Ley define así: *“El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular”*<sup>908</sup>

907 Artículo 4º, literal f).

908 Artículo 4º, literal b).

Está además el principio de confidencialidad, conforme al cual “*todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo solo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de ella*”<sup>909</sup>.

En desarrollo de estos principios el artículo 13 de la Ley 1581 determina a quiénes puede ser suministrada la información administrada por un banco de datos en los siguientes términos:

*Artículo 13. Personas a quienes se les puede suministrar la información. La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas:*

*a) A los Titulares, sus causahabientes o sus representantes legales;*

*b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;*

*c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley.*

En cuanto al suministro de información personal contenida en bases de datos a “*las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial*” (literal b), la Corte Constitucional afirmó en la sentencia C-748 de 2011:

*“Frente al segundo escenario permitido por el legislador, esto es la entrega de información a las entidades públicas y en virtud de una orden judicial, se harán las mismas observaciones que al estudiar el artículo 10, sobre los casos exceptuados de autorización. Por lo tanto, el ordinal b) debe entenderse que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida. Por lo tanto, debe encontrarse demostrado (i) **el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo;** y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información”.* (Resalta la Sala).

En relación con el punto específico al cual se refiere el aparte destacado, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1011 de 2008, citada por la misma Corporación en la C-748 de 2011, precisó:

*“En cuanto a lo primero, la Sala considera oportuno señalar que la modalidad de divulgación del dato personal prevista en el precepto analizado devendrá legítima, cuando la motivación de la solicitud de información esté basada en una clara y específica competen-*

909 Artículo 4º, literal h).

*cia funcional de la entidad... En suma, para que la divulgación del dato sea respetuosa del derecho al hábeas data, la entidad del poder Ejecutivo tendrá la carga de demostrar que el acceso a la información... del sujeto concernido tiene un vínculo necesario con el ejercicio de sus competencias funcionales específicas”.*

g. Ahora bien, el artículo 13 de la Ley Estatutaria y la jurisprudencia constitucional citada guardan perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo 27 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), precepto que es del siguiente tenor:

*“Artículo 27. Inaplicabilidad de excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional y legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.*

La excepción, en esta disposición, a la reserva que ampara ciertos datos personales, obedece a un desarrollo del deber de colaboración armónica entre las entidades y los órganos del Estado, de que tratan los artículos 113 de la Constitución Política y 6 de la Ley 489 de 1998, entre otras disposiciones. Esta excepción es estricta, en el sentido de que está sometida a condiciones muy precisas y taxativas. En efecto, únicamente autoridades judiciales o administrativas podrán acceder a informaciones o documentos reservados, siempre y cuando los soliciten *“para el debido ejercicio de sus funciones”*, y hayan sido facultados de manera expresa por la Constitución o la ley para recaudar tales informaciones o documentos, obligándose en todo caso a mantener la confidencialidad. Ello sucede, por ejemplo, con los organismos de control, las autoridades tributarias y las entidades de supervisión, entre otros casos, cuando requieran información necesaria para el cumplimiento de sus funciones<sup>910</sup>.

h. Resta por establecer si, en las normas que regulan la estructura y el funcionamiento del Ministerio de Educación Nacional, existe alguna disposición legal que lo faculte para solicitar información sobre los aportantes, afiliados y beneficiarios al Sistema de Seguridad Social Integral, incluyendo su ingreso base de cotización, u otro precepto del cual se pueda deducir, al menos, que dicha información es necesaria para que el Ministerio pueda cumplir sus funciones.

#### **4. Acceso a la información sobre el ingreso base de cotización por parte del Ministerio de Educación Nacional**

Al revisar las disposiciones que definen la estructura y las funciones del Ministerio de Educación Nacional<sup>911</sup> no se advierte la existencia de disposición legal alguna que expresamente faculte al Ministerio para exigir a los particulares o a otras autoridades públicas

910 Es del caso señalar que esta disposición presenta una redacción más restrictiva y exigente que la que tenía el artículo 20 del anterior Código Contencioso Administrativo.

911 Especialmente, aquellas contenidas en los Decretos 5012 de 2009 y 854 de 2011.

datos que tengan carácter reservado en virtud de la Constitución o de la ley, como es el caso de la información que figura en el RUA, esto es, los datos sobre la afiliación al Sistema de Seguridad Social, el ingreso base de cotización, el valor de los aportes u otra información similar de carácter personal. Ni siquiera encuentra la Sala que exista una relación clara y directa (o “*vínculo calificado*”, como lo llama la Corte Constitucional) entre la obtención de datos privados e individuales de los graduados de programas de educación superior, en lo referente a su ingreso base de cotización, con alguno de los objetivos o funciones legales del Ministerio de Educación.

Asegurarse de la pertinencia laboral, social, científica y económica de la educación superior y de las otras formas de educación que la ley reconoce (educación media, técnica, no formal etc.) constituye sin duda un objetivo estratégico del Ministerio de Educación Nacional<sup>912</sup> y del Gobierno en general. Con este propósito se ha desarrollado el denominado Observatorio Laboral para la Educación, que consiste en un “*sistema de información del Ministerio de Educación Nacional, [que] soporta la política educativa en los ejes de calidad, cierre de brechas e innovación y pertinencia, de forma que responda efectivamente a las necesidades productivas y sociales del país*”.<sup>913</sup> Igualmente evidente es que, con el fin de alimentar y actualizar permanentemente dicho sistema de información, el Ministerio de Educación Nacional necesita obtener información de diversas fuentes, públicas y privadas.

Ha de señalarse, sin embargo, que la información que genera y difunde el Observatorio Laboral<sup>914</sup> y que sirve de insumo para adoptar estrategias y políticas en materia de pertinencia, innovación y calidad de la educación, y oferta de programas académicos<sup>915</sup>, es de carácter **estadístico e impersonal**, motivo por el cual no es indispensable que el Ministerio requiera datos de carácter particular, individual o personal (“microdatos”). Para el mismo propósito le basta al Ministerio contar con información estadística, agregada o consolidada que le reporten otras entidades públicas o privadas, entre las cuales podría estar la propia UGPP, con base en los datos incorporados en el RUA.

Según refiere la propia Ministra en su consulta, esa Unidad le ha propuesto al Ministerio “... *realizar todos los cruces de las bases de datos que solicite el Ministerio de Educación Nacional, y suministrar como producto de ese proceso de integración, los datos impersonales de naturaleza estadística, entendidos como aquellos los que generan (sic) de las bases de datos y contienen información general, con los cuales se pueden hacer cuadros comparativos...*”

Esta fórmula parece ser una solución adecuada y equilibrada, desde el punto de vista jurídico, para lograr, por una parte, el cumplimiento de los objetivos y las funciones del Ministerio de Educación Nacional, en relación con el Observatorio Laboral para la Educa-

912 El artículo 1° del Decreto 5012 de 2009 establece que uno de los objetivos del Ministerio es el de “*orientar la educación superior en el marco de la autonomía universitaria, garantizando el acceso con equidad a los ciudadanos colombianos, fomentando la calidad, la pertinencia de los programas, la evaluación permanente y sistemática...*” (Resaltamos).

913 Tomado de la página de Internet del Observatorio: [www.graduadoscolombia.edu.co](http://www.graduadoscolombia.edu.co)

914 El Observatorio Laboral para la Educación está a cargo de la Subdirección de Desarrollo Sectorial de la Educación Superior del Ministerio de Educación (Decreto 5012 de 2009, artículo 33, numeral 33.9).

915 El artículo 27, numeral 27.5 del Decreto 5012 de 2009 dispone que una de las funciones del Viceministerio de Educación Superior consiste en “*promover estrategias que permitan el desarrollo de condiciones adecuadas para el ingreso de estudiantes a la educación superior y el egreso de los mismos a la vida profesional, propendiendo por el acceso y pertinencia a lo largo del ciclo educativo*”.

ción y, en general, con las políticas de pertinencia, calidad e innovación de la educación, y para asegurar, por otra parte, el respeto que exige la Constitución Política y la ley al habeas data de las personas quienes, como integrantes del grupo de los profesionales graduados de la educación superior, son el objeto de las indagaciones y análisis a cargo del Observatorio Laboral para la Educación.

Esta alternativa se ajusta, además, a lo dispuesto en los artículos 14 del Decreto 1406 de 1999, transcrito atrás, y 13 del Decreto 889 de 2001, en el sentido de que *“dicha información podrá igualmente ser utilizada para efectos estadísticos”*.

Ahora bien, si la información estadística que estuviera en condiciones de producir normalmente la UGPP, con base en los datos suministrados por el Ministerio de Educación Nacional, no cumpliera por alguna razón con la metodología o con las condiciones tecnológicas de oportunidad, de calidad, de cobertura, de presentación, o las demás que requiera el Ministerio, estima la Sala que las dos entidades podrían suscribir un contrato o convenio interadministrativo, en donde se definan con precisión tales aspectos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113 de la Carta y en los artículos 6<sup>916</sup> y 95<sup>917</sup> de la Ley 489 de 1998, entre otras normas.

Con fundamento en las razones expuestas

### LA SALA RESPONDE

*¿Para cumplir las funciones relacionadas con el Observatorio Laboral para la Educación, puede el Ministerio de Educación Nacional acceder a la información contenida en el Registro Único de Aportantes (RUA), relacionada con el Ingreso Base de Cotización (IBC) de las personas graduadas en programas académicos de educación superior?*

El Ministerio de Educación Nacional, en el propósito de dar cumplimiento a sus funciones relacionadas con el Observatorio Laboral para la Educación, no puede acceder a la información individual o personal de los graduados que figure en el Registro Único de Aportantes (RUA) sobre su ingreso base de cotización (IBC). Esta circunstancia, sin embargo, no impide al Ministerio recaudar la información estadística, agregada o impersonal que sobre este aspecto le suministre la UGPP.

Envíese a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

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

916 “Artículo 6.- Principio de coordinación. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

“En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares. (...)”.

917 “Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”.



**2. Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo. Análisis de su vigencia. Carácter jurídico de dicho decreto. Requisitos para la expedición de Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente establecidos por el Decreto 1112 de 1996.**

**Radicado 2311**

Fecha: 14/12/2016

Consejero Ponente: *Édgar González López*

Levantamiento de la reserva mediante oficio de 12 de enero de 2017

El Ministro de Salud y Protección Social formula a la Sala una consulta acerca del Decreto 1944 de 1996, *“Por el cual se reglamenta la fortificación de harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*, respecto del cual han surgido diversas interpretaciones en torno a su vigencia.

### **I. Antecedentes**

El Ministro de Salud y Protección Social expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto, que se complementan con las normas citadas:

#### **1. Contexto del Decreto 1944 de 1996 que presenta el Ministerio de Salud y Protección Social**

Con la finalidad de prevenir la desnutrición en el país, el Ministerio de Salud y Protección Social ha asumido una estrategia de fortificación de productos, la cual la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – FAO, define como: *“la adición de uno o más nutrientes a un alimento a fin de mejorar su calidad para las personas que lo consumen, en general, con el objeto de reducir o controlar una carencia de nutrientes”*<sup>918</sup>.

El Ministro señala que tal estrategia *“consiste en la adición de nutrientes a un alimento de alto consumo en la población, para mejorar su calidad nutricional y reducir problemas de salud pública; en especial, se adicionan vitaminas y minerales que son comúnmente deficientes en la dieta de las personas de una comunidad o país, tales como Hierro, Calcio, Ácido Fólico, Niacina, Riboflavina, Tiamina, principalmente”*.

Agrega que en respuesta a los compromisos de la Cumbre Mundial sobre Alimentación y del Plan de Acción para la Nutrición, nuestro país diseñó e implementó el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996 – 2005, el cual fue aprobado por medio del Documento Conpes 2847 de 1996. Este definió ocho (8) Líneas de Acción, en las cuales la tercera comprende la denominada: *‘Prevención y Control de las Deficiencias de Micronutrientes; Yodo, Hierro y Vitamina A’*, cuyos objetivos planteados fueron:

a) Mejorar la producción y el consumo de alimentos de alto valor biológico.

918 Nota de la consulta: Procesamiento y fortificación de alimentos, <http://www.fao.org/docrep/006/w0073s/w0073s/w007310.htm> (5 de agosto de 2016).

b) Fortificar alimentos de consumo masivo y suplementación con micronutrientes como medida de prevención y tratamiento, dando continuidad a la producción de bienestar y a la vigilancia y control de la sal yodada.

Adicionalmente, se propuso la fortificación de la harina de trigo y de otros alimentos de consumo masivo.

## 2. Consideraciones del Ministerio de Salud y Protección Social

Teniendo en cuenta el contexto anterior, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, *“Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*. Dentro de sus considerandos, el Gobierno señaló en el octavo y el noveno lo siguiente:

Octavo considerando: *“Que el Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente;”*

Noveno y último considerando: *“Que el presente reglamento de acuerdo con el impacto en la salud pública es de carácter urgente”*.

Como se observa, estos considerandos citan los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 del 24 de junio de 1996<sup>919</sup>, *“Por el cual se crea el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, se dictan normas para armonizar la expedición de reglamentos técnicos y se cumplen algunos compromisos internacionales adquiridos por Colombia”*. El parágrafo 2º del artículo 4º y el artículo 9º establecen el procedimiento para la expedición de los reglamentos técnicos de carácter urgente. Disponen estos artículos lo siguiente:

**“Artículo 4. Notificaciones.** *Las entidades competentes, deberán notificar al Sistema los proyectos de Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad que pretendan expedir, para que este a su vez notifique lo pertinente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales, a más tardar diez (10) días después, contados a partir de la recepción de la notificación en la Secretaría Técnica de que trata el artículo 2.*

*Las entidades no podrán disponer la entrada en vigencia de la medida proyectada antes de sesenta y cinco (65) días, contados a partir de la fecha de la notificación oficial al órgano competente del acuerdo internacional correspondiente, fecha que deberá ser informada por el Sistema.*

*Una vez expedida la medida definitiva, deberá ser nuevamente notificada al Sistema, para ser notificada nuevamente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales.*

<sup>919</sup> Aunque en varios apartes de la consulta se menciona el Decreto 1122 de 1996, es evidente que se trata de un pequeño error, pues la consulta se refiere claramente al Decreto 1112 de 1996 relativo al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad y la expedición de los Reglamentos Técnicos.

**Parágrafo 1.** *Los proyectos de Normas Técnicas propuestas para la oficialización de obligatoriedad ante el Consejo Nacional de Normas y Calidades y los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en este Decreto, no podrán entrar en vigencia.*

**Parágrafo 2.** *Las entidades competentes que expidan Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del presente Decreto, deberán notificarlos al Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder dar cumplimiento a lo establecido, para estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales. (Negrillas del Ministerio consultante).*

**Parágrafo 3.** *Las entidades competentes, a las que se refiere el presente artículo, remitirán sus notificaciones al Sistema siguiendo los lineamientos y formatos que para tal efecto este suministrará”.*

**“Artículo 9º. De la expedición de Reglamentos con Carácter Urgente.** *Si se presentan o amenazarán presentarse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, se podrán expedir Reglamentos Técnicos con Carácter Urgente o de Emergencia. Dichos reglamentos técnicos se podrán basar en una Norma Técnica Colombiana o en su defecto, en una Norma Técnica Internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria.*

*Si transcurridos doce (12) meses después de la expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, que se ha basado en una Norma Técnica Colombiana, esta norma técnica no se ha oficializado como Norma Técnica Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia.*

*Si transcurridos doce (12) meses después de su expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, no se ha adoptado o adaptado la Norma Técnica Internacional base del mismo como Norma Técnica Colombiana y oficializada la misma como Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia”.*

A continuación de la cita de estas normas, el Ministro menciona la causa de las dos interpretaciones que se han presentado al interior del Ministerio, en esta forma:

*“Teniendo en cuenta las obligaciones que de tales disposiciones se desprendían, en relación con la expedición de reglamentos técnicos y al no existir certeza acerca de haberse efectuado la notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, en el marco de lo previsto por el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 1112 de 1996, ni haberse adoptado la Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, surgen para este Ministerio, dos posturas o planteamientos, en torno a la vigencia del Decreto 1444 de 1996 ...”.*

Luego el Ministro expone las dos interpretaciones en estos términos:

#### a. Primera interpretación:

***“El Decreto 1944 de 1996, no está vigente, además atendiendo a lo previsto en su artículo 9, solo mantuvo su vigencia hasta el año 1997”.***

Esta interpretación se plantea para el Ministerio de Salud y Protección Social, con fundamento en el contenido del mismo Decreto 1944 de 1996, así:

1) Como se desprende del Decreto 1944 de 1996, se trató de una medida de urgencia regulada por el Decreto 1112 del mismo año, *“sin que se tenga claridad sobre su notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad”.*

2) Para que el Decreto 1944 de 1996 extendiera su vigencia, era necesario surtir el procedimiento previsto en el artículo 9 del Decreto 1112 y por tanto, *“la consecuencia jurídica de la no adopción o adaptación de la norma técnica conduce a la pérdida de vigencia de la disposición, para el caso, a partir de 1997”.*

#### b. Segunda interpretación:

***“Las medidas previstas en el Decreto 1944 de 1996, no han perdido su vigencia”.***

Esta interpretación se sustenta al interior del Ministerio de Salud y Protección Social, en los siguientes argumentos:

1) El Decreto 1944 de 1996 constituye una medida de salud pública, que no era transitoria como se desprende del artículo 12 que otorgaba un plazo de ocho (8) meses a los industriales para dar cumplimiento a la norma.

Limitar la vigencia del decreto a un (1) año, haría inocua la estrategia de la fortificación de la harina de trigo, la cual no tendría efectos útiles y duraderos, lo cual sería contrario al propósito de ese decreto.

2) El Decreto 1944 de 1996 se adoptó dentro del marco previsto en el artículo 12 de la Ley 170 de 1994, aprobatoria del Acuerdo que estableció la Organización Mundial de Comercio – OMC, en el cual se indica un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros. Disponen los numerales pertinentes lo siguiente:

*“Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros:*

*12.1 Los Miembros otorgarán a los países en desarrollo Miembros del presente Acuerdo un trato diferenciado y más favorable, tanto en virtud de las disposiciones siguientes como de las demás disposiciones pertinentes contenidas en otros artículos del presente Acuerdo. (...)*

*12.4 Los Miembros admiten que, aunque puedan existir normas, guías o recomendaciones internacionales, los países en desarrollo Miembros, dadas sus condiciones tecnológicas*

*y socioeconómicas particulares, adopten determinados reglamentos técnicos, normas o procedimientos de evaluación de la conformidad encaminados a preservar la tecnología y los métodos y procesos de producción autóctonos y compatibles con sus necesidades de desarrollo. Los Miembros reconocen por tanto que no debe esperarse de los países en desarrollo Miembros que utilicen como base de sus reglamentos técnicos o normas, incluidos los métodos de prueba, normas internacionales inadecuadas a sus necesidades en materia de desarrollo, finanzas y comercio (...):*

Señala el Ministerio que de acuerdo con la norma transcrita, los países en desarrollo como Colombia pueden adoptar regulaciones en razón de sus condiciones particulares tecnológicas y socioeconómicas, que fue lo que ocurrió con la medida de fortificación de la harina de trigo, la cual se asumió en virtud del diagnóstico de la situación nutricional expuesta en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005.

3) La medida de fortificación de la harina de trigo no se habría podido sustentar, conforme lo establece el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, en una norma técnica colombiana o internacional, *“toda vez que la misma tuvo como fundamento el diagnóstico consignado en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005”*.

Nuestro país está adelantando una política nutricional a largo plazo, por lo cual *“podría concluirse que la vigencia del Decreto 1944 de 1996 se extendió en el tiempo, pues además las situaciones que llevaron a tomarla, persisten”*. Agrega que el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996 no advierte qué sucede cuando no existe una norma técnica nacional o internacional, de forma tal que no sería posible considerar los efectos de pérdida de vigencia del Decreto 1944 del mismo año.

4) El consultante expresa que la notificación es un mecanismo de control y publicidad de las actuaciones de los países frente al comercio internacional, pero que debe prevalecer el propósito de protección de la salud pública, de una medida tomada por un país dentro de las normas de dicho comercio, las cuales admiten tratamientos diferenciales y justifican ese tipo de medidas.

5) El Decreto 1944 de 1996 materializa el principio del interés superior de los menores de edad y su protección, ya que garantiza un nivel nutricional accesible a todas las familias y no solo para determinados niveles sociales.

Por último, manifiesta que tanto las autoridades sanitarias como los particulares, han actuado bajo la convicción de que la medida de fortificación de la harina de trigo, dispuesta por el Decreto 1944 de 1996 se encuentra vigente y ha sido aplicada desde su expedición.

En base a lo expuesto y ante las divergencias interpretativas, el Ministro de Salud y Protección Social formula la siguiente pregunta:

*“¿A la fecha puede considerarse vigente y por ello aplicable el Decreto 1944 de 1996?”*

## PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Ministro de Salud y Protección Social, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) el Decreto 1944 de 1996, sobre la fortificación de la harina de trigo y sus condiciones de comercialización, ii) el contenido del Decreto 1112 de 1996, creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad y reglamentario de la expedición de los Reglamentos Técnicos, iii) el análisis de que el Decreto 1944 de 1996 no constituye un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996.

### A. El Decreto 1944 de 1996 sobre la fortificación de la harina de trigo y el establecimiento de las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control

En el Documento Conpes DNP-2847 UDS-DISAL del 29 de mayo de 1996, del Departamento Nacional de Planeación, titulado “*Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005*”, luego de exponer los antecedentes, el diagnóstico sobre la malnutrición en Colombia, se establece el Plan con sus objetivos, metas, líneas de acción, financiación y recomendaciones.

Dentro de las ocho (8) líneas de acción se encuentra la de “*Prevención y control de las deficiencias de micronutrientes, especialmente Vitamina A, Hierro y Yodo*”, en la cual se adoptan tres (3) medidas, con la participación de los sectores público y privado, para prevenir y controlar estas deficiencias. Una de ellas es la “*Fortificación de alimentos de consumo básico*”, que, en cuanto se refiere específicamente a la harina de trigo, dice lo siguiente: “*Para iniciar la fortificación de alimentos de consumo básico en el país, se impulsarán iniciativas como la de la Federación Nacional de Molineros, para fortificar la harina de trigo con hierro y complejo B entre otros micronutrientes*”<sup>920</sup>.

En desarrollo del mencionado Plan, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, “*Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control*”, el cual constituye un decreto reglamentario en la medida en que fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución<sup>921</sup>.

Este decreto menciona dentro de sus considerandos los siguientes:

920 Sobre la fortificación de la harina de trigo como un importante objetivo de salud pública, la Organización Mundial de la Salud – OMS ha manifestado: “*La fortificación de las harinas de trigo y de maíz procesada industrialmente constituye, cuando se aplica de manera adecuada, una estrategia eficaz, sencilla y barata para el aporte de vitaminas y minerales a la alimentación de grandes segmentos de la población mundial. (...) La fortificación de las harinas de trigo y de maíz debería considerarse en caso de que exista un consumo regular de las harinas procesadas industrialmente en grandes grupos de la población de un país. Los programas de fortificación de la harina de trigo y de maíz serán previsiblemente más efectivos en cuanto a repercusión en la salud pública si existe un mandato a escala nacional, y pueden contribuir al logro de los objetivos de salud pública internacionales*”. (Documento de la Organización Mundial de la Salud, titulado “*Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz. Informe de reunión: Declaración de consenso provisional*”. WHO/NMH/NHD/MNM/09.1. Año 2009).

921 “**Artículo 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (...)”.

*“(…) (Tercero) Que en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia convocada por las Naciones Unidas en 1990, en la cual participaron 159 países entre ellos, Colombia, se establecieron los compromisos de los países para erradicar las deficiencias de micronutrientes en sus poblaciones;*

*(Cuarto) Que después en la Conferencia Internacional de Nutrición realizada en Roma en 1992, los representantes de prácticamente todos los países del mundo incluyendo a Colombia, firmaron la Declaración Mundial y Plan de Acción en Nutrición en la cual se ratificó la determinación de eliminar el hambre y todas las formas de desnutrición;*

*(Quinto) Que el documento Conpes 2847 y las líneas de acción que conforman el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005 fijan como una política la Prevención y Control de las deficiencias de micronutrientes, a través de la fortificación de alimentos de consumo básico;*

*(Sexto) Que la harina de trigo es uno de los insumos más importantes para la fabricación de alimentos básicos en la dieta colombiana, como son los productos de panadería, pastelería, galletas, pastas alimenticias y otros;*

*(Séptimo) Que es necesario reglamentar la fortificación de la harina de trigo con micronutrientes deficientes en la dieta colombiana;*

*(Octavo) Que el decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente;*

*(Noveno y último) Que el presente reglamento de acuerdo con el impacto en la salud pública es de carácter urgente”.*

El Decreto 1944 de 1996 después de la expresión “Decreta”, contiene la siguiente frase: “Expedir el reglamento de fortificación de la harina de trigo para consumo en Colombia” (obsérvese que no dice “el reglamento técnico”) y a continuación, los dos primeros artículos que adoptan la medida en los siguientes términos:

**“Artículo 1º. Campo de aplicación.** *Las disposiciones del presente reglamento se aplican a la harina de trigo que se comercializa en el territorio nacional para la venta directa al consumidor, como para la fabricación de productos de panadería, pastelería, galletería, pastas alimenticias, y otros”.*

**“Artículo 2º. Obligatoriedad de fortificación.** *La harina de trigo que se comercializa en el territorio nacional deberá estar fortificada con vitamina B1, vitamina B2, niacina, ácido fólico y hierro.*

**Parágrafo.** *La adición de calcio podrá hacerse de manera opcional”.*

Los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1944 establecen, respectivamente, algunas definiciones, las cantidades mínimas de micronutrientes por cada kilogramo de harina, la forma de adición de los micronutrientes y las formas químicas de estos.

El artículo 7º del referido decreto asigna la competencia técnica al Ministerio de Salud para modificar los micronutrientes, las formas químicas de los mismos y las cantidades de fortificación, conforme a los avances de los conocimientos científicos sobre el tema.

El artículo 8º dispone que la responsabilidad de la fortificación de la harina de trigo con los micronutrientes es de los industriales fabricantes de la misma y de productos alimenticios en los cuales se utilice esta materia prima.

El artículo 9º ordena que el rótulo o envase de la harina de trigo debe destacar la leyenda de harina de trigo fortificada con indicación de las cantidades de micronutrientes adicionados.

Los artículos 10 y 11 otorgan al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima y a las entidades territoriales competentes la vigilancia y control del cumplimiento del decreto y la aplicación de las medidas sanitarias preventivas y de seguridad.

El artículo 12 fijó un plazo de ocho (8) meses a los industriales fabricantes de la harina de trigo para dar cumplimiento al decreto y el último, el 13, señaló su vigencia a partir de la publicación, la cual ocurrió en el *Diario Oficial* No. 42.909 del 30 de octubre de 1996.

## **B. El contenido del Decreto 1112 de 1996, creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad**

El Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, “*por el cual se crea el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, se dictan normas para armonizar la expedición de reglamentos técnicos y se cumplen algunos compromisos internacionales adquiridos por Colombia*”, fue expedido en desarrollo de las Leyes 155 de 1959<sup>922</sup>, 170<sup>923</sup> y 172<sup>924</sup> de 1994 y de la Decisión 376 de 1995<sup>925</sup> de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y en ejercicio de las facultades otorgadas por los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Constitución Política<sup>926</sup>, lo cual indica claramente su carácter de decreto reglamentario.

922 Ley 155 del 24 de diciembre de 1959, “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”.

923 Ley 170 del 15 de diciembre de 1994, “*Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la ‘Organización Mundial de Comercio (OMC)’; suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino*”.

924 Ley 172 del 16 de diciembre de 1995, “*Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994*”.

925 Decisión 376 de 1995 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, “*Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología*”.

926 El numeral 10 del artículo 189 de la Carta confiere al Presidente de la República, las funciones de “*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*” y el 11, ya citado, la de ejercer la potestad reglamentaria.



Es de anotar que los artículos 2º a 6º del Decreto 1112 de 1996 fueron incorporados en los artículos 2.2.1.8.1.1 a 2.2.1.8.2.1 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*”, con la advertencia de que en algunos de estos se presentan variaciones con respecto al texto original, por la concordancia que se hizo con el Decreto 210 de 2003, referente a los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El Decreto 1112 de 1996 fue el creador del Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, mediante el artículo 1º, con el siguiente alcance:

**“Artículo 1º. Objeto. Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad.** Créase el Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, que en adelante se denominará ‘el Sistema’, con el fin de centralizar la información sobre Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad”.

Como se aprecia, la información sobre los reglamentos técnicos hace parte del mencionado Sistema, lo cual es ratificado por el artículo 2º del citado decreto que prevé lo siguiente:

**“Artículo 2º. Conformación.** El Sistema estará conformado por la información sobre Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, suministrada por el Consejo Nacional de Normas y Calidades, el organismo nacional de normalización y las entidades que estén facultadas para la expedición de reglamentos técnicos y por los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales de que sea parte el país.

*La representación y coordinación del Sistema estará a cargo de la División de Normalización y Calidad del Ministerio de Desarrollo Económico en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Normas y Calidades<sup>927</sup>, de conformidad con los numerales 2 y 4 del artículo 22 del Decreto 2152 de 1992”.*

En relación con el contenido de los Reglamentos Técnicos, el artículo 6º del Decreto 1112 de 1996 lo establece en la siguiente forma:

**“Artículo 6º. Del contenido del Reglamento Técnico.** Los Ministerios y entidades de cualquier orden facultados para expedir reglamentos técnicos, deberán observar la siguiente metodología para su elaboración:

1. *Objeto y campo de aplicación. Precisar la finalidad del reglamento, así como los productos o servicios comprendidos en él.*

<sup>927</sup> Hoy, la Dirección de Regulación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme al artículo 2.2.1.8.1.1 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

2. *Contenido técnico específico del reglamento. Deberá abarcar como mínimo los siguientes aspectos:*

2.1. *Definiciones. Contiene las necesarias para la adecuada interpretación del reglamento.*

2.2. *Condiciones generales. La descripción de las características generales del producto, tales como su olor, color, apariencia, aspecto, presentación, procesos previos, elementos que no debe contener además de los permitidos y todas aquellas características necesarias del bien o servicio.*

2.3. *Requisitos. Establecer en forma detallada los requerimientos técnicos que debe cumplir el bien o servicio objeto de reglamento.*

2.4. *Envase, empaque y rotulado o etiquetado. Descripción de los requerimientos necesarios que debe cumplir el producto en su envase o empaque, así como la información que debe contener el producto o el servicio, incluyendo su contenido o medida.*

2.5. *Procedimientos para verificar el cumplimiento de los requisitos. Señalar los métodos y condiciones de los ensayos a que debe someterse el bien o servicio para considerarse ajustado a los requisitos.*

3. *Inspección, vigilancia, control, medidas de seguridad o preventivas. Definición de los controles a los cuales quedan sujetos los importadores, productores y comercializadores de los bienes y servicios objeto del reglamento.*

4. *Certificación o registros. Define el tipo de certificado o registro al cual debe acceder el importador o el productor del bien o servicio para su comercialización.*

5. *Partida arancelaria. Se deberá especificar la partida arancelaria bajo la cual está cobijado el producto de que se trate.*

6. *Régimen sancionatorio. Especifica las sanciones legales previstas que serán aplicadas por incumplimiento de lo establecido en el reglamento”.*

Al confrontar el Decreto 1944 de 1996 con esta disposición, se observa que sigue en general, los lineamientos del contenido de los reglamentos técnicos, faltando los indicados en los numerales 4 y 5 referentes al certificado o registro para la comercialización y la partida arancelaria.

Ahora bien, el considerando octavo del Decreto 1944 de 1996 señala que “el Decreto 1112 del 24 de junio de 1996, en sus artículos 4º y 9º establece los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente”. Estas normas disponen lo siguiente:

**“Artículo 4º. Notificaciones.** *Las entidades competentes, deberán notificar al Sistema los proyectos de Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad que pretendan expedir, para que este a su vez notifique lo pertinente a los*

órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales, a más tardar diez (10) días después, contados a partir de la recepción de la notificación en la Secretaría Técnica de que trata el artículo 2º.

Las entidades no podrán disponer la entrada en vigencia de la medida proyectada antes de sesenta y cinco (65) días, contados a partir de la fecha de la notificación oficial al órgano competente del acuerdo internacional correspondiente, fecha que deberá ser informada por el Sistema.

Una vez expedida la medida definitiva, deberá ser nuevamente notificada al Sistema, para ser notificada nuevamente a los órganos competentes de los acuerdos comerciales internacionales.

**Parágrafo 1.** Los proyectos de Normas Técnicas propuestas para la oficialización de obligatoriedad ante el Consejo Nacional de Normas y Calidades y los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en este Decreto, no podrán entrar en vigencia.

**Parágrafo 2.** Las entidades competentes que expidan Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del presente Decreto, deberán notificarlos al Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder dar cumplimiento a lo establecido, para estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales.

**Parágrafo 3.** Las entidades competentes, a las que se refiere el presente artículo, remitirán sus notificaciones al Sistema siguiendo los lineamientos y formatos que para tal efecto este suministrará”.

**“Artículo 9. De la expedición de Reglamentos con Carácter Urgente.** Si se presentan o amenazarán presentarse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, se podrán expedir Reglamentos Técnicos con Carácter Urgente o de Emergencia. Dichos reglamentos técnicos se podrán basar en una Norma Técnica Colombiana o en su defecto, en una Norma Técnica Internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria.

Si transcurridos doce (12) meses después de la expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, que se ha basado en una Norma Técnica Colombiana, esta norma técnica no se ha oficializado como Norma Técnica Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia.

Si transcurridos doce (12) meses después de su expedición y notificación al Sistema del Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, no se ha adoptado o adaptado la Norma Técnica Internacional base del mismo como Norma Técnica Colombiana y oficializada la misma como Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria, el Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia perderá su vigencia”.

La consulta indaga si el Decreto 1944 de 1996 se encuentra en la actualidad, vigente o no, *“teniendo en cuenta las obligaciones que de tales disposiciones (se refiere a los citados artículos 4º y 9º) se desprendían, en relación con la expedición de reglamentos técnicos y al no existir certeza acerca de haberse efectuado la notificación al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad, en el marco de lo previsto por el parágrafo 2 del artículo 4 del Decreto 1112 de 1996, ni haberse adoptado la Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria (...)”*.

### C. El Decreto 1944 de 1996 no constituye un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996

La Sala observa que el Decreto 1944 de 1996 invoca como facultades específicas para su expedición, las conferidas al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, referente a la potestad reglamentaria, lo cual le da el carácter de decreto reglamentario.

En su primer considerando cita el Título V de la Ley 9ª de 1979, la cual viene a ser la ley reglamentada por este decreto, en la medida en que dicha ley, *“por la cual se dictan medidas sanitarias”*, trata en el citado Título sobre *“Alimentos”* y en uno de sus capítulos titulado *“De los alimentos y bebidas enriquecidas”*; contempla los artículos 413 a 415 que disponen lo siguiente:

**“Artículo 413.** *Se considerarán alimentos enriquecidos aquellos que contengan elementos o sustancias que le impriman este carácter y en las cantidades que establezca el Ministerio de Salud.*

**Artículo 414.** *En los alimentos y bebidas se prohíbe la adición de sustancias enriquecedoras que no estén aprobadas por el Ministerio de Salud.*

**Artículo 415.** *Los rótulos y la propaganda de los productos alimenticios enriquecidos cumplirán con las disposiciones de este título y, además, contendrán el nombre y la proporción del elemento o elementos enriquecedores”*.

Ahora bien, el Decreto 1944 de 1996, aunque menciona en el octavo considerando los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 de 1996 para señalar que establecen *“los procedimientos para la expedición de reglamentos con carácter urgente”* y en el noveno considerando indica que el reglamento contenido en el decreto *“es de carácter urgente”* por el impacto en la salud pública, no constituye un Reglamento Técnico, de acuerdo con las condiciones fijadas por el citado Decreto 1112 de 1996, por lo siguiente:

1. En primer lugar, el epígrafe del Decreto 1944 de 1996 dice textualmente: *“Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*, con el cual se aprecia que emplea la fórmula de *“Por el cual se reglamenta”*, que es la tradicional en los decretos reglamentarios.

No expresa “*Por el cual se establece o se dicta el Reglamento Técnico de fortificación de la harina de trigo*” o más precisamente, “*Por el cual se expide el Reglamento Técnico de Carácter Urgente para la fortificación de la harina de trigo*” o alguna fórmula parecida. Tampoco aparece en el texto del Decreto 1944 de 1996 la mención de que constituye un Reglamento Técnico.

Se trata pues, de un decreto reglamentario de la actividad de fortificación de dicho alimento.

2. Si se hubiera tratado de un Reglamento Técnico de Carácter Urgente o de Emergencia, en los considerandos del Decreto 1944 de 1996 debía aparecer la anotación de que el proyecto del mismo fue notificado al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4º del Decreto 1112 de 1996. Tal circunstancia no aparece mencionada, de lo cual se infiere que no se realizó.

El parágrafo 1º de dicho artículo 4º dispone que los Reglamentos Técnicos que no surtan el trámite establecido en el Decreto 1112 “*no podrán entrar en vigencia*”, y se advierte que el Decreto 1944 de 1996 entró efectivamente en vigencia como un decreto reglamentario que es, que no un Reglamento Técnico, el día de su publicación, conforme al artículo 13, la cual ocurrió en el *Diario Oficial* No. 42.909 del 30 de octubre de 1996.

3. El parágrafo 2º del aludido artículo 4º dispone que los Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente se deben notificar al mencionado Sistema dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su expedición, para poder cumplir lo establecido en estos casos, en los acuerdos comerciales internacionales, de lo cual no hay certeza, según lo expresado en la consulta, lo cual ratifica que no se le dio al Decreto 1944 de 1996 el trámite de un reglamento técnico, pues no se le consideró como tal.

4. El artículo 8º del Decreto 1112 de 1996 dispone lo siguiente:

**“Artículo 8º. De la expedición de Reglamentos Técnicos.** *Las entidades facultadas para la expedición de Reglamentos Técnicos, solo podrán expedirlos con base en una norma técnica colombiana oficial obligatoria”.*

Como se advierte, esta norma exige como requisito *sine qua non* que los Reglamentos Técnicos que sean expedidos, deben tener como base una norma técnica colombiana oficial obligatoria.

Esta norma general tiene una variación en el caso de los Reglamentos Técnicos de Carácter Urgente o de Emergencia que regula el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, arriba transcrito, según el cual, esta clase de Reglamentos Técnicos “*se podrán basar en una norma técnica colombiana o en su defecto, en una norma técnica internacional emitida por un organismo reconocido, en caso de no existir norma técnica colombiana oficial obligatoria*”. En el caso del Decreto 1944 de 1996 no se encuentra en su texto alguna disposición que establezca que el mismo se basa en una determinada norma técnica colombiana o,

en ausencia de esta, en una específica norma técnica internacional, razón por la cual no constituye propiamente un Reglamento Técnico de Carácter Urgente.

Adicionalmente, los incisos segundo y tercero del artículo 9º del Decreto 1112 de 1996 contemplan dos hipótesis según la clase de norma técnica que se haya invocado en tal clase de reglamentos:

a. Si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente se ha basado en una norma técnica **colombiana**, y han transcurrido doce (12) meses desde la expedición y notificación del reglamento al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, y dicha norma no se ha oficializado como norma técnica oficial obligatoria, el Reglamento perderá su vigencia.

b. Si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente se ha basado en una norma técnica **internacional**, y han transcurrido doce (12) meses desde la expedición y notificación del reglamento al Sistema Nacional de Información sobre Medidas de Normalización y Evaluación de la Conformidad, y dicha norma no se ha oficializado como norma técnica colombiana oficial obligatoria, el Reglamento perderá su vigencia.

Ninguna de estas previsiones se hizo en el caso del Decreto 1944 de 1996, precisamente porque este no se basó en ninguna norma técnica, ni colombiana ni internacional.

Antes bien, el artículo 12 del Decreto 1944 previó un plazo de ocho (8) meses para que los industriales fabricantes de la harina de trigo dieran cumplimiento al decreto, con lo cual se reafirma su carácter de decreto reglamentario de vigencia inmediata, pues si fuera un Reglamento Técnico de Carácter Urgente hubiera tenido en cuenta el plazo de los doce (12) meses para oficializar la norma técnica en la que se hubiera basado, en el sentido de prever, por ejemplo, que si se cumplía este plazo sin la oficialización de la norma técnica, el Decreto 1944 perdía su vigencia, o que el plazo otorgado a los industriales fabricantes se concedía a partir de la oficialización de la norma técnica que se produjera dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición del decreto. No se dijo nada al respecto, en razón de que el Decreto 1944 se expidió sin basarse en una norma técnica colombiana o en su defecto, internacional, como lo contempla el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996.

Precisamente, el Ministerio de Salud y Protección Social, en la consulta, plantea que *“el artículo 9 del Decreto 1112, no advierte qué sucede en el caso de no existencia de una norma técnica nacional o internacional, de forma tal que no sería posible considerar los efectos de pérdida de vigencia del Decreto 1944 de 1996”*.

Conviene señalar que, como lo expresa la consulta, la medida de fortificación de la harina de trigo no se habría podido sustentar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 9º del Decreto 1112 de 1996, en una norma técnica colombiana o internacional, *“toda vez que la misma tuvo como fundamento el diagnóstico consignado en el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición 1996-2005”*.

Ante esa anotación, la Sala observa que si el Reglamento Técnico de Carácter Urgente no se basa en una norma técnica colombiana o a falta de esta, en una internacional, conforme a dicho artículo 9º, no puede constituir un Reglamento Técnico en los términos del Decreto 1112 de 1996 y por tanto, no pueden tener aplicación las consecuencias de pérdida de vigencia previstas en el mencionado artículo.

En síntesis, el Decreto 1112 es del 24 de junio de 1996 es anterior al Decreto 1944 de 1996 del 28 de octubre del mismo año, sobre la fortificación de la harina de trigo, y se observa que si bien con este último se trata de establecer un Reglamento Técnico de Carácter Urgente, en la medida en que su octavo considerando citó los artículos 4º y 9º del Decreto 1112 y el noveno considerando dijo que el reglamento era de carácter urgente, y se siguió el artículo 6º de este que señala el contenido del reglamento técnico, lo cierto es que no se basó en una norma técnica colombiana, o en su defecto, en una norma técnica internacional, que, de acuerdo con los artículos 8º y 9º del Decreto 1112, vigentes en ese momento, se requería como fundamento de la expedición de un Reglamento Técnico de Carácter Urgente.

Ahora bien, el Gobierno nacional dictó el Decreto 780 del 6 de mayo de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*”, el cual estableció en el artículo 4.1.1 lo siguiente:

**“Artículo 4.1.1 Derogatoria integral.** *Este Decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogados todos los decretos de naturaleza reglamentaria relativos al Sector Salud y Protección Social que versan sobre las mismas materias.*

*Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto” (Resalta la Sala).*

La Sala observa que el Decreto 1944 de 1996 **no** quedó comprendido dentro de la mencionada derogatoria integral, por cuanto se refiere a la reglamentación de la fortificación de la harina de trigo y el establecimiento de sus condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control, y el Decreto 780 de 2016 no se refirió a ninguna de estas materias. Así, el Decreto 1944 de 1996 mantiene su vigencia.

Por consiguiente, ante su contenido explícito, sus objetivos, su vigencia inmediata a la publicación en el *Diario Oficial*, el fundamento constitucional para su expedición, la ausencia de norma técnica colombiana o internacional que pueda darle la naturaleza de Reglamento Técnico, la **no** derogación del mismo por el artículo 4.1.1 del Decreto 780 de 2016, no puede existir conclusión diferente a señalar que la norma de que trata el Decreto 1944 de 1996 se encuentra vigente.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que el Decreto 1944 de 1996, “*Por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control*”, se encuentra vigente dado que se trata de

un decreto reglamentario del Título V de la Ley 9ª de 1979, expedido en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que no ha sido derogado por una ley u otro decreto, ni anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa.

### LA SALA RESPONDE

*“¿A la fecha puede considerarse vigente y por ello aplicable el Decreto 1944 de 1996?”*

El Decreto 1944 del 28 de octubre de 1996, *“por el cual se reglamenta la fortificación de la harina de trigo y se establecen las condiciones de comercialización, rotulado, vigilancia y control”*, a la fecha se encuentra vigente y por tanto, es aplicable.

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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







Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia