

ANTOLOGÍA

Jurisprudencias y Conceptos

CONSEJO DE ESTADO

1817-2017

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL


CONSEJO DE ESTADO
COLOMBIA

200 AÑOS



200 AÑOS

ANTOLOGÍA
Jurisprudencias y Conceptos
CONSEJO DE ESTADO
1817-2017

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



Antología, jurisprudencias y conceptos – Consejo de Estado 1817 - 2017 / Editor Tomo: Sala de Consulta y Servicio Civil, Álvaro Namén Vargas. Editor General de la Antología: Álvaro Namén Vargas. Bogotá: Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, 2018.

ISBN: 978-958-8857-97-8

Consejo de Estado/Jurisprudencia.

Octubre de 2018

**Equipo Coordinador
de la Antología**

Álvaro Namén Vargas
Consejero de Estado
Editor General de la Antología

Óscar Eduardo Vargas Rozo
Catalina Uprimny Salazar
María Angélica Pulido Barreto
Carolina Solórzano Hernández
Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera

**Editor del Tomo
Sala de Consulta**

Álvaro Namén Vargas
Consejero de Estado

**Comité Técnico
Sala de Consulta y Servicio Civil**

Ómar Joaquín Barreto
German Eduardo Nieto Olivares
Juan Manuel Laverde
Jessica Alejandra Mancipe G.
Óscar Eduardo Vargas Rozo
Magistrados Auxiliares
Laura Victoria Hernandez v
Sergio Andrés Chacón Sánchez
Silvia Navia Revollo
Catalina Uprimny Salazar
Profesionales Especializados
María Angélica Pulido Barreto
Reina Carolina Solórzano H.
Derys Susana Villamizar Reales
Relatoras
Ana María Buelvas de la Espriella
María Fernanda Murillo Delgadillo
Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera
Auxiliares Judiciales
Daniela Alexandra Beltrán Pulido
Daniela Rosa Carrillo Sabino
Olga Manuela García Rodríguez
María Camila Suárez Cáceres
Practicantes

Colaboradores

Óscar Darío Amaya Navas
Germán Alberto Bula Escobar
Édgar González López
Consejeros de Estado



CONSEJO DE ESTADO
SEGUNDO CENTENARIO
1817-2017

© 2018 Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado
Calle 12 n°. 7-65
Palacio de Justicia
Bogotá, D. C., Colombia
<http://www.consejodeestado.gov.co/>
info@consejoestado.ramajudicial.gov.co
[@consejodeestado](https://twitter.com/consejodeestado)

Todos los derechos reservados.

Primera edición: Bogotá D. C.,
Octubre 2018

ISBN VOLUMEN: 978-958-8857-97-8
ISBN OBRA COMPLETA: 978-958-8857-91-6

Diseño e impresión:
Imprenta Nacional de Colombia

Impreso y hecho en Colombia

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO BICENTENARIO (2017)

SALA DE GOBIERNO

Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Presidente)
Germán Alberto Bula Escobar (Vicepresidente)
Roberto Augusto Serrato Valdés (Presidente Sección Primera)
Carmelo Perdomo Cuéter (Presidente Sección Segunda)
Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Presidente Sección Tercera)
Stella Jeannette Carvajal Basto (Presidente Sección Cuarta)
Carlos Alberto Moreno Rubio (Presidente Sección Quinta)
Édgar González López (Presidente Sala de Consulta)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Oscar Darío Amaya Navas
Germán Alberto Bula Escobar
Édgar González López
Álvaro Namén Vargas

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

María Elizabeth García González
Oswaldo Giraldo López
Hernando Sánchez Sánchez
Roberto Augusto Serrato Valdés

SECCIÓN SEGUNDA

Carmelo Perdomo Cuéter
Sandra Lisset Ibarra Vélez
William Hernández Gómez
César Palomino Cortés
Rafael Francisco Suárez Vargas
Gabriel Valbuena Hernández

SECCIÓN TERCERA

Stella Conto Díaz del Castillo
María Adriana Marín
Ramiro Pazos Guerrero
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Danilo Rojas Betancourth
Guillermo Sánchez Luque
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Marta Nubia Velásquez
Carlos Alberto Zambrano Barrera

SECCIÓN CUARTA

Stella Jeannette Carvajal Basto
Milton Chaves García
Julio Roberto Piza Rodríguez
Jorge Octavio Ramírez Ramírez

SECCIÓN QUINTA

Rocío Araújo Oñate
Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Carlos Enrique Moreno Rubio
Alberto Yepes Barreiro

COMITÉ EDITORIAL

Álvaro Namén Vargas
Sala de Consulta y Servicio Civil
Editor General

María Elizabeth García González
Sección Primera

Gabriel Valbuena Hernández
Sección Segunda

Guillermo Sánchez Luque
Sección Tercera

Stella Jeannette Carvajal Basto
Sección Cuarta

Rocío Araújo Oñate
Sección Quinta

ÍNDICE GENERAL
ANTOLOGÍA

TOMO I SECCIÓN PRIMERA

TOMO II SECCIÓN SEGUNDA

TOMO III A y B SECCIÓN TERCERA

TOMO IV SECCIÓN CUARTA

TOMO V SECCIÓN QUINTA

TOMO VI SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

ÍNDICE GENERAL
TOMO VI SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

FUNCIÓN CONSULTIVA

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

- I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
- II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
- III. ACCIONES CONSTITUCIONALES
- IV. PROTECCIÓN DE MINORÍAS ÉTNICAS
- V. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA
- VI. CONFLICTO ARMADO
- VII. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA
- VIII. SUPRANACIONALIDAD E INTEGRACIÓN REGIONAL
- IX. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

- I. DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL
- II. ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO
- III. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN ESTATAL
- IV. SERVICIOS PÚBLICOS

- V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

RAMA LEGISLATIVA Y ASUNTOS ELECTORALES

- I. CORPORACIONES PÚBLICAS Y FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR
- II. LEYES
- III. ASUNTOS ELECTORALES

FUNCIÓN PÚBLICA, DERECHO LABORAL COLECTIVO Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

- I. FUNCIÓN PÚBLICA
- II. DERECHO LABORAL COLECTIVO
- III. RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

CONTRATACIÓN ESTATAL

- I. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
- II. ETAPA PRECONTRACTUAL
- III. MODALIDADES DE SELECCIÓN
- IV. ETAPA CONTRACTUAL
- V. FINALIZACIÓN DEL CONTRATO
- VI. OTROS

HACIENDA PÚBLICA

- I. BIENES DEL ESTADO
- II. CONTROL FISCAL
- III. RÉGIMENES PRESUPUESTALES ESPECIALES
- IV. TRIBUTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN GENERAL

Jorge Octavio Ramírez y Germán Alberto Bula Escobar
Presidentes del Consejo de Estado 2017 y 2018 XLI

PRÓLOGO

Álvaro Namén Vargas
Editor General de la Antología XLV

PRESENTACIÓN

Édgar González López, Presidente de la sala, Óscar Darío Amaya Navas,
Germán Alberto Bula y Álvaro Namén Vargas
Consejeros de Estado LXXXIII

FUNCIÓN CONSULTIVA

RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

No corresponde al Consejo de Estado su aceptación - 13 de abril de 1831 3

FACULTADES DEL CONSEJO DE ESTADO

Regulación de resguardos indígenas. Imposibilidad del Consejo de Estado
para impedir modificaciones legislativas - 16 de septiembre de 1916 5

FUNCIÓN CONSULTIVA PARA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Trámite policivo sumario solo procede cuando el ocupante invoca
el carácter de arrendatario - 9 de julio de 1958 7

FUNCIÓN CONSULTIVA

Alcance. Incompetencia del Congreso de la República para formular
consultas - 8 de noviembre de 1965 10

Naturaleza - 17 de septiembre de 1973 11

Alcance. No incluye pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes
y los decretos con fuerza de ley - 18 de mayo de 1976 14

Competencia circunscrita al orden administrativo - 29 de octubre de 1987 15

No opera para examinar forzosamente un proyecto de reglamento -
31 de enero de 1991 16

Convenio internacional - 29 de abril de 1991	17
Inhibición cuando hay procesos judiciales en curso - 12 de noviembre de 1992	18
Límites - 12 de octubre de 1993	19
Improcedencia para fijar alcance de laudo arbitral - 7 de diciembre de 1993	20
Restricción en cuanto al consultante. Amplitud en materia - 24 de junio de 1996	21
No puede interferir en asuntos judiciales - 17 de octubre de 1996	23
No se extiende a determinar la constitucionalidad de las leyes - 7 de noviembre de 1996	24
Competencia en materias de servicio civil - 18 de marzo de 1997	25
Del Consejo de Estado en pleno y de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Diferencia con la función judicial - 8 de abril de 1999	26
Cumplimiento de sentencia judicial - 13 de septiembre de 2001	27
No opera para asuntos que involucren una decisión administrativa de carácter particular y concreto - 24 de julio de 2003	28
No comprende interpretación de fallos judiciales - 12 de marzo de 2009	29
La materia de consulta no puede ser ajena a la función del consultante - 26 de noviembre de 2009	30
Imposibilidad por pronunciamiento definitivo de la Procuraduría General de la Nación - 12 de octubre de 2011	31
No comprende control de legalidad de los actos administrativos - 10 de febrero de 2014	32

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

PRINCIPIO DE LA BUENA FE	
Concepto - 17 de abril de 1996	35

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	
Reparación económica a las víctimas del conflicto - 24 de abril de 2012	40

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA	
Protección constitucional de este derecho fundamental - 5 de noviembre de 1968	42

LIBERTAD DE CULTOS	
Reconocimiento de personería a las iglesias y confesiones religiosas. Imposibilidad de cancelarla - 5 de octubre de 1994	46

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Constituye un derecho de los congresistas expresarse en medios de opinión - 5 de diciembre de 2002 47

DERECHO A LA IGUALDAD

Comporta un deber de protección de personas en estado de debilidad manifiesta - 12 de junio de 2003 48

DERECHO AL TRABAJO

Principio de estabilidad laboral - 17 de junio de 2003 50

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INFORMACIÓN

Certificado de disponibilidad presupuestal es un documento público - 9 de junio de 2005 53

DERECHO A LA INTIMIDAD

Reserva estadística. Información recaudada por el DANE - 21 de febrero de 2008 55

LIBERTAD INDIVIDUAL Y DERECHO DE ASOCIACIÓN

Límites a la intervención del Estado en los clubes deportivos. Derecho a la recreación y al deporte - 15 de mayo de 2008 57

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Debido proceso en actuaciones administrativas - 3 de julio de 2008 59

LIBERTAD DE PRENSA

Pluralismo informativo, competencia e igualdad de oportunidades en la explotación del espacio electromagnético - 5 de octubre de 2009 60

LIBERTADES PÚBLICAS Y DERECHOS CIUDADANOS

Reserva legal para imponer limitaciones o restricciones. Reglamentos de policía. Poder de policía de las entidades territoriales. Límites - 20 de mayo de 2010 63

DERECHO DE ASOCIACIÓN

Entidades sin ánimo de lucro. Generalidades - 26 de julio de 2016 66

III. ACCIONES CONSTITUCIONALES

A. ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Efectos de la declaratoria de inexequibilidad. Diferencias con la derogatoria - 17 de noviembre de 1958 67

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD Y SENTENCIA DE NULIDAD Irretroactividad y retrospectividad en sus efectos - 27 de julio de 1993	69
DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULABAN EL DERECHO DE PETICIÓN Reviviscencia de normas derogadas - 28 de enero de 2015	70
B. ACCIÓN DE TUTELA	
ACCIÓN DE TUTELA Y EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Naturaleza jurídica y diferencias - 13 de octubre de 1992	72
IV. PROTECCIÓN DE MINORÍAS ÉTNICAS	
A. COMUNIDADES INDÍGENAS	
COMUNIDADES INDÍGENAS Normatividad aplicable - 19 de enero de 1928	74
JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Competencia de las Comisiones de Asuntos Indígenas - 23 de septiembre de 1992	76
RESGUARDOS INDÍGENAS Participación en regalías - 20 de marzo de 1997	77
TERRITORIOS INDÍGENAS Prestación del servicio de salud - 15 de agosto de 2002	80
TERRITORIOS INDÍGENAS Universidades indígenas - 3 de octubre de 2012	83
CONSULTA PREVIA Efectos de la decisión de la comunidad indígena de no participar en la consulta previa - 2 de febrero de 2006	86
Derecho fundamental en favor de pueblos indígenas - 30 de agosto de 2016	87
B. COMUNIDADES NEGRAS	
COMUNIDADES NEGRAS Registro de organizaciones de base. Inscripción de organizaciones ubicadas en las zonas urbanas - 13 de julio de 2006	89
Derecho a la propiedad colectiva - 24 de agosto de 2006	91

V. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

NACIONALIDAD

Al ser la nacionalidad un derecho adquirido, no puede perderse por una ley posterior - 13 de septiembre de 1897	93
Recuperación. Trámite. Concepto de nacionalidad – 23 de julio de 1996	96
Requisitos para su otorgamiento. Hijo de padres colombianos, nacido en el exterior – 22 de abril de 1999	98
Medios para acreditar la condición de nacional colombiano - 1 de abril de 2004	100

CIUDADANÍA

Nombre de mujer casada - 13 de agosto de 1982	102
---	-----

CIUDADANOS COLOMBIANOS CON DOBLE NACIONALIDAD

Acceso al desempeño de cargos o funciones públicas - 23 de febrero de 1994	104
--	-----

VI. CONFLICTO ARMADO

SITUACIÓN DE CONMOCIÓN INTERIOR

Noción de gobierno de hecho y de derecho. Solicitud de revocatoria de expulsión de ciudadanos - 30 de agosto de 1830	105
--	-----

INDULTO

Naturaleza jurídica - 1 de abril de 1998	109
--	-----

VÍCTIMAS DE SECUESTRO Y DESAPARICIÓN FORZADA

Reconocimiento de indemnización por supresión del cargo - 21 de octubre de 2004	112
---	-----

PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Acto de postulación - 8 de junio de 2016	114
--	-----

ACUERDO DE PAZ

Refrendación - 28 de noviembre de 2016	116
--	-----

VI. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA REFORMA CONSTITUCIONAL

Utilización del Referendo - 6 de agosto de 1998	118
---	-----

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Inhabilidades de miembros de juntas directivas para ser parte de la Asamblea Nacional Constituyente – 26 de abril de 1991	120
---	-----

FUNCIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Alcance del artículo 3° transitorio constitucional en cuanto al funcionamiento administrativo del Congreso de la República disuelto y funciones del nuevo Congreso en la Carta Política de 1991 - 29 de julio de 1991 122

REFORMA CONSTITUCIONAL

Impedimentos de congresistas para participar en la discusión de actos legislativos - 15 de mayo de 2008 124

VIII. SUPRANACIONALIDAD E INTEGRACIÓN REGIONAL

INTEGRACIÓN REGIONAL

Incorporación de normas subregionales al derecho interno. Concepto de supranacionalidad - 6 de septiembre de 1979 126

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Estado colombiano - 13 de octubre de 1992 129

TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Decisiones de organismos internacionales - 8 de abril de 1997 130

ACUERDOS INTERNACIONALES

Límites al derecho de propiedad - 28 de febrero de 2002 133

TRATADOS INTERNACIONALES

Trámite. Prevalencia sobre el derecho interno - 5 de diciembre de 2002 136

GOBIERNO EXTRANJERO

Concepto - 23 de junio de 2005 137

PARLAMENTO ANDINO

Naturaleza y régimen jurídico de sus miembros - 8 de julio de 2010 139

SUPRANACIONALIDAD Y DERECHO COMUNITARIO

Noción - 24 de octubre de 2016 141

IX. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

RECURSOS GENÉTICOS Y RECURSOS BIOLÓGICOS

Régimen jurídico aplicable - 8 de agosto de 1997 144

PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Protección constitucional de los recursos genéticos - 23 de noviembre de 2005 145

RESTRICCIONES A LA ACTIVIDAD MINERA

Diferencias entre las “zonas excluibles de la minería” y “zonas de minería restringida”. Canos superficiario en el caso de concesiones en áreas parcialmente coincidentes con zonas excluidas de la minería – 29 de octubre de 2014 148

BIODIVERSIDAD. RECURSOS GENÉTICOS Y RECURSOS BIOLÓGICOS

Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los recursos genéticos.
Diferencias con los recursos biológicos - 4 de julio de 2013 151

PROTECCIÓN DE ECOSISTEMAS DE PÁRAMO

Constitución ecológica e interés general - 11 de diciembre de 2014 154

**ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO**

I. DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL

DECRETOS ESPECIALES

Agotamiento de facultades del Gobierno Nacional - 25 de abril de 1958 159

A. DECRETOS CON FUERZA DE LEY

DECRETOS LEGISLATIVOS

No requieren de ratificación legal - 19 de agosto de 1917 162

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

Agotamiento de facultades extraordinarias - 30 de agosto de 2001 163

B. DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL

Deben ser suscritos con el Ministro o Director de Departamento Administrativo - 14 de noviembre de 1991 164

DECRETOS EXPEDIDOS EN DESARROLLO DE LEYES MARCO

Naturaleza jurídica - 6 de abril de 2000 165

POTESTAD REGLAMENTARIA

Ejercicio por autoridades distintas al Presidente de la República - 7 de septiembre de 2006 167

LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA	
La potestad reglamentaria no es el medio para declarar que una ley fue derogada - 18 de junio de 2014	169
REGULACIÓN	
Noción. Diferencias con la potestad reglamentaria - 14 de septiembre de 2016	170
C. FACULTAD NOMINADORA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	
FUERZAS MILITARES	
Nominación por el Presidente de la República - 13 de mayo de 2004	172
ELECCIÓN DE FISCAL	
Facultad de postulación y modificación de la terna para su elección - 28 de octubre de 2010	173
II. ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO	
A. NIVEL NACIONAL	
RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	
No es procedente si altera el orden público - 9 de abril de 1831	174
RENUNCIA DEL VICEPRESIDENTE	
Se considera peligrosa en la medida que puede afectar la estabilidad del país -13 de mayo de 1831	176
CENSO DE POBLACIÓN DE LA REPÚBLICA	
Competencia del Gobierno Nacional para realizar enmiendas o correcciones - 5 de julio de 1915	178
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO	
Concepto y diferencias - 4 de junio de 1922	181
ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS	
Su finalidad es la mejor prestación de los servicios públicos - 7 de diciembre de 1961	183
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS	
Entidades de naturaleza asociativa y entidades de naturaleza fundacional - 19 de febrero de 1996	185
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
Noción - 8 de marzo de 1996	186

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COOPERATIVAS	
Son entidades públicas - 6 de junio de 1996	189
SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO	
Generalidades. Niveles nacional y territorial - 28 de junio de 1996	191
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS	
Su creación exige autorización legal - 18 de diciembre de 1997	193
SUPRESIÓN DE ENTIDADES	
Reparto de competencias entre el Congreso y el Gobierno - 11 denoviembre de 1999	194
SUPRESIÓN Y CREACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS	
Supresión y creación. Distribución de competencias - 25 de septiembre de 2003	196
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	
Clasificación en directas e indirectas - 26 de octubre de 2000	198
ÓRGANOS Y DEPENDENCIAS ESTATALES	
Criterios de clasificación de los organismos, dependencias y entidades administrativas - 26 de abril de 2007	199
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS	
Su creación exige autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el caso -22 de octubre de 2007	201
CONSEJOS PROFESIONALES Y TRIBUNALES DE ÉTICA	
Naturaleza jurídica - 21 de octubre de 2010	202
ENTIDADES PÚBLICAS	
No pueden ser creadas por las Cámaras de Comercio - 8 de septiembre de 2011	203
Concepto. Criterios para su identificación. Sociedades de economía mixta - 8 de junio de 2016	204
Delegación de funciones. Requisitos - 1 de noviembre de 2016	207
ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN	
Función archivística. Competencias - 29 de enero de 2015	208
INSTITUCIONES PÚBLICAS DE EDUCACIÓN SUPERIOR	
No se prevé que el Estado preste el servicio público en asocio con los particulares- 9 de julio de 2015	210

B. ENTIDADES TERRITORIALES: ASPECTOS GENERALES

PLANES DE DESARROLLO TERRITORIALES	
Nulidad y suspensión - 27 de mayo de 1996	211
GOBERNADORES Y CABILDANTES INDÍGENAS	
No ejercen autoridad en los términos de la Ley 136 de 1994 - 14 de diciembre de 2000	213
ENTIDADES TERRITORIALES	
Límites a su autonomía fiscal - 10 de octubre de 2002	214
VIGILANCIA DEL TRÁNSITO EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES	
Distribución de competencias entre la policía de carreteras y de los agentes de tránsito del orden departamental, municipal y distrital - 14 de diciembre de 2006	215
PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN REGALÍAS	
Imposibilidad de traslado directo a particulares - 14 de junio de 2007	216
Regalías. Naturaleza crediticia del derecho de participación en las regalías de las entidades territoriales. Propiedad de los rendimientos - 7 de octubre de 2010	217
PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL	
Consulta previa a comunidades indígenas - 20 de febrero de 2014	218
C. MUNICIPIOS Y DISTRITOS	
RESIDENCIA EPISCOPAL DE ANTIOQUIA	
Ubicación - 27 de septiembre de 1831	219
MUNICIPIOS	
Representación judicial - 10 de julio de 1936	221
Vigencia de los actos de creación anteriores a la Constitución - 4 de septiembre de 1992	222
Reintegro de alcaldes suspendidos por el Gobernador - 28 de julio de 1994	223
Consulta popular para la definición de sus límites - 24 de julio de 1997	225
Facultad impositiva - 6 de octubre de 2005	226
DISTRITOS ESPECIALES	
Segregación de territorios - 7 de febrero de 1997	228
MUNICIPIOS PORTUARIOS	
Regalías por explotación de recursos en el mar - 1º de noviembre de 2007	230

FEDERACIÓN NACIONAL DE MUNICIPIOS	
Naturaleza jurídica. Entidad pública - 20 de mayo de 2010	231
REEMPLAZO DEL ALCALDE MAYOR	
Procedimiento - 25 de mayo de 2011	232
PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL- (POT)	
Competencias del Concejo Distrital y del Alcalde Mayor – 2 de septiembre de 2013	233
FACULTADES DEL ALCALDE PARA CONTRATAR	
Autorización del Concejo Municipal - 11 de marzo de 2015	235
ELECCIÓN DE PERSONEROS	
Concurso público de méritos. Semejanza con la convocatoria pública– 3 de agosto de 2015	237
D. DEPARTAMENTOS	
ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES	
Nuevo régimen salarial y prestacional de los diputados - 14 de mayo de 1992	239
RÉGIMEN ESPECIAL DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA	
Falta de competencia de la Asamblea Departamental en materia de control migratorio - 28 de febrero de 2002	240
LÍMITES DEPARTAMENTALES	
Imposibilidad de definirlos mediante consulta popular - 16 de marzo de 2006	241
CREACIÓN DE DEPARTAMENTOS	
Inviabilidad de hacerlo mediante consultas populares - 20 de noviembre de 2013	242
ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES	
Autorización a los Gobernadores para contratar – 18 de mayo de 2016	243
E. REGIONES Y ÁREAS METROPOLITANAS	
ÁREAS METROPOLITANAS	
Competencia para reglamentar el uso del suelo - 8 de octubre de 1992	244
REGIÓN ADMINISTRATIVA Y DE PLANIFICACIÓN	
Naturaleza jurídica - 2 de noviembre de 2011	245

III. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN ESTATAL

INSTRUCCIÓN PÚBLICA

Facultades del Gobierno y del Congreso Nacional - 4 de mayo de 1971 246

SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Intervención del Estado en instituciones públicas y privadas –
7 de diciembre de 1993 248

MEDIO AMBIENTE

Competencias nacionales y de las entidades territoriales.
Principio de rigor subsidiario - 19 de marzo de 1998 249

ACTIVIDAD DEPORTIVA

Intervención del Estado. Inspección y vigilancia – 24 de junio de 2004 251

IV. SERVICIOS PÚBLICOS

SERVICIOS PÚBLICOS

Huelga en actividades bancarias - 6 de mayo de 1959 253

Régimen jurídico. Principio de solidaridad – 11 de abril de 2002 255

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Cobro de consumos dejados de facturar - 23 de junio de 1994 257

Falla en la prestación del servicio - 7 de junio de 1995 258

Referendo derogatorio – 21 de mayo de 2003 259

SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Subsidio de consumo de electricidad - 29 de noviembre de 1995 261

COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Vigilancia por la Superintendencia de Servicios Públicos – 16 de junio de 1997 262

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Régimen jurídico. Ocupación permanente de inmuebles
- 11 de julio de 2002 263

Objeto social múltiple. Interpretación restrictiva - 4 de junio de 2012 265

SERVICIOS POSTALES NACIONALES

Servicio Postal Universal y servicios de correo. Enajenación
de la participación Accionaria del Estado en la sociedad
Servicios Postales Nacionales S.A. “4-72” – 22 de abril de 2015 267

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE

Intervención del Estado. Supervisión y control - 16 de octubre de 2002 270

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	
Sanciones a personas naturales, administradores, empleados y alcaldes - 21 de agosto de 2014	272
Medición de consumo. Efectos jurídicos. Competencia - 22 de febrero de 2016	274
V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	
EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD	
Improcedencia - 9 de julio de 1996	276
ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS	
Importancia del principio de publicidad - 4 de noviembre de 1999	277
FUNCIONES JUDICIALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS	
En el caso de la definición de responsabilidad civil en accidentes marítimos - 4 de noviembre de 2004	278
FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES	
Curadores urbanos. Control Fiscal - 3 de febrero de 2005	279
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL	
Sentencia de nulidad en materia tributaria - 23 de agosto de 2005	280
POTESTAD SANCIONADORA DE LA POLICÍA NACIONAL	
Imposibilidad de que los policías bachilleres impongan multas - 20 de septiembre de 2007	281
PRINCIPIO DE COLABORACIÓN INSTITUCIONAL	
Derecho aplicable a las relaciones jurídicas entre órganos y entidades públicas - 11 de diciembre de 2007	283
PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL	
Notificación electrónica del acto administrativo - 18 de marzo de 2010	285
RECURSOS EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	
Término para resolverlos según el CPACA - 29 de octubre de 2012	287
ACTAS DE LA COMISIÓN DE RELACIONES EXTERIORES	
Su reserva no es oponible al Procurador General de la Nación - 23 de enero de 2013	288
IMPEDIMENTOS DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS	
Designación de servidores ad-hoc - 6 de marzo de 2014	290

REVOCATORIA DIRECTA	
Generalidades - 8 de junio de 2016	292
PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA	
Generalidades - 28 de septiembre de 2016	293
NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA	
Eficacia - 4 de abril de 2017	294
RAMA LEGISLATIVA Y ASUNTOS ELECTORALES	
I. CORPORACIONES PÚBLICAS Y FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR	
A- INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	
CONGRESISTAS	
Inhabilidades e incompatibilidades no pueden ser creadas por reglamentos – 18 de mayo de 2000	299
Inhabilidades e incompatibilidades en materia electoral – 28 de febrero de 2008	300
Incompatibilidades para el desempeño de cargos privados – 15 de mayo de 1992	302
Deber de ejercer la función cuando el impedimento es rechazado – 28 de agosto de 2006	303
EMBAJADORES Y CÓNSULES	
Régimen de inhabilidades aplicable a los embajadores y cónsules que aspiren a ser elegidos Congresistas, Diputados, Concejales, Gobernadores y Alcaldes – 1 de octubre de 1992	304
NOTARIOS	
Inhabilidades para su ejercicio - 13 de octubre de 1992	305
VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	
Inhabilidades e Incompatibilidades - 20 de septiembre de 2001	306
CONTRALORES Y PERSONEROS	
Temporalidad de las incompatibilidades - 22 de febrero de 2016	308
B. PÉRDIDA DE INVESTIDURA	
CONGRESISTA	
Pérdida de investidura por no posesionarse oportunamente – 12 de diciembre de 2007	310

Severidad del régimen de pérdida de investidura – 3 de julio de 2008	311
C. CONFLICTO DE INTERESES E IMPEDIMENTOS	
INTERÉS DIRECTO ECONÓMICO	
Interés directo económico - 27 de mayo de 1999	312
REELECCIÓN PRESIDENCIAL	
Conflicto de intereses de congresistas en reelección presidencial – 28 de abril de 2004	314
AFECTACIÓN DEL QUÓRUM	
Conflicto de intereses. Afectación del quórum impide debatir el asunto – 15 de abril de 2008	316
CONFLICTO DE INTERESES	
Concepto y alcance – 21 de octubre de 2010	318
D.COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES	
CITACIONES A LAS CÁMARAS	
Citación a los miembros del Banco de la República - 8 de noviembre de 1993	320
CONFLICTOS DE COMPETENCIA	
Conflictos de competencia entre Comisiones Constitucionales permanentes – 19 de septiembre de 1995	321
E. QUÓRUM	
QUÓRUM	
Falta de quórum en las corporaciones públicas - 25 de julio de 1994	322
Noción y clases - 1º de marzo de 2007	323
Recomposición del quórum en el concejo municipal - 2 de octubre de 2014	325
F. VACANCIAS	
VACANCIAS	
Vacancia Definitiva - 23 de noviembre de 1993	327
Formas de suplirlas - 17 de agosto de 2006	328
G. MOCIÓN DE CENSURA	
MOCIÓN DE CENSURA	
Ministros – 13 de noviembre de 1992	330

II. LEYES

A. PROCEDIMIENTO

PROCEDIMIENTO

Régimen Político y Municipal - 27 de julio de 1916	332
Sesiones conjuntas. Quórum – 9 de diciembre de 1992	334

B. CLASES

LEY ORGÁNICA

Naturaleza – 6 de septiembre de 2001	335
--------------------------------------	-----

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, LEY DEL PLAN, LEY ORGÁNICA DEL PLAN DE DESARROLLO

Concepto – 26 de agosto de 1999	337
---------------------------------	-----

TEMPORALIDAD DE LAS LEYES

Efectos en el tiempo - 14 de marzo de 1996	339
--	-----

III. ASUNTOS ELECTORALES

A. SISTEMA NACIONAL ELECTORAL

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Elección – 5 de marzo de 2004	341
-------------------------------	-----

INHABILIDADES

Consejo Nacional Electoral – 5 de septiembre de 2006	342
Registradores Especiales del Estado Civil - 13 de agosto de 2013	343

FUNCIONES

Registraduría Nacional del Estado Civil y Consejo Nacional Electoral – 12 de diciembre de 1996	345
---	-----

VOTO EN BLANCO

Evolución - 26 de julio de 2016	347
---------------------------------	-----

B. PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Prohibición para los funcionarios públicos de hacer contribuciones – 7 de junio de 1993	349
Elección para más de una corporación o cargo público – 29 de marzo de 2001	350

Equidad e igualdad de género – 27 de julio de 2011	352
Personería Jurídica. Protección a partidos políticos que han sido objeto de graves violaciones de derechos humanos - 1 de abril de 2014	354
Expulsión del partido político – 10 de septiembre de 2015	357

C. CAMPAÑAS ELECTORALES

CAMPAÑAS ELECTORALES

Reglas para su financiación. Cuociente electoral y cifra repartidora – 7 de marzo de 2007	359
Circunscripciones especiales de minorías étnicas – 18 de abril de 2013	361
Restricciones por reelección inmediata del Presidente de la República – 3 de diciembre de 2013	363

D. GARANTÍAS ELECTORALES

GARANTÍAS ELECTORALES

No impide el cumplimiento de fallos judiciales – 15 de noviembre de 2007	365
Restricciones y limitaciones respecto del Presidente y Vicepresidente de la República – 24 de julio de 2013	367

FUNCIÓN PÚBLICA, DERECHO LABORAL COLECTIVO Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

I.FUNCIÓN PÚBLICA

A. CARRERA ADMINISTRATIVA

CARRERA ADMINISTRATIVA

Supresión de cargo de empleados escalafonados - 21 de octubre de 1942	371
---	-----

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Irregularidades durante proceso de selección – 29 de agosto de 1996	373
---	-----

CONCURSO DE MÉRITOS

Participación de ciudadanos extranjeros – 4 de mayo de 2006	375
Carrera administrativa – 10 de diciembre de 2013	377
Diferencias y similitudes con las convocatorias públicas – 10 de noviembre de 2015	378
Carácter imperativo de las reglas de provisión de empleos – 19 de agosto de 2016	381

ACCESO A CARGOS PÚBLICOS	
Insuficiencia de los títulos “honoris causa” para probar requisitos – 23 de septiembre de 2010	383
FUNCIÓN PÚBLICA	
El mérito como fundamento de la carrera administrativa - 16 de febrero de 2011	384
B. SERVIDORES PÚBLICOS	
EMPLEADOS PÚBLICOS	
Remoción - 2 de julio de 1830	385
NOMBRAMIENTO DE EMPLEADOS	
Quien nombra debe estar legitimado, so pena de la nulidad de los nombramientos - 19 de octubre de 1831	388
NOTARIOS	
Funcionarios nacionales de categoría especial - 5 de mayo de 1922	390
EMPLEADOS DE LA RAMA EJECUTIVA	
Categorías - 20 de octubre de 1960	392
SERVIDOR PÚBLICO	
Concepto en la Constitución Política de 1991.	
Régimen e inhabilidades de empleados oficiales en las entidades descentralizadas - 30 de abril de 1991	395
Participación en política - 18 de marzo de 1992	397
FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	
Nueva especie dentro de la clasificación tradicional de empleados oficiales – 16 de diciembre de 1994	398
SERVIDORES PÚBLICOS TERRITORIALES	
Inhabilidades e incompatibilidades - 6 de diciembre de 1995	399
EDAD DE RETIRO FORZOSO	
Aplicación – 21 de febrero de 1996	401
AUMENTO DE LA EDAD DE RETIRO FORZOSO	
Finalidad. Efecto general inmediato de la ley – 8 de febrero de 2017	403
PROHIBICIÓN DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACIÓN	
No aplica para particulares que contraten con el Estado – 10 de mayo de 2001	406

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR	
Situación de disponibilidad - 25 de agosto de 2000	407
PERSONERO Y CONCEJO MUNICIPAL	
Ejercicio de funciones desde otra jurisdicción por razones de orden público – 6 de diciembre de 2001	409
C. PERIODO INSTITUCIONAL	
REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL	
Carácter institucional de su periodo - 26 de octubre de 2006	411
PERIODO INSTITUCIONAL	
Separación automática del cargo por vencimiento del periodo 6 de diciembre de 2007	412
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	
Carácter institucional de su periodo. En caso de falta absoluta, el reemplazo solamente podrá completar el respectivo periodo – 12 de marzo de 2012	413
CARGOS DE PERIODO: CARÁCTER INSTITUCIONAL O PERSONAL	
Periodo personal de los integrantes de la Junta Nacional de Televisión – 27 de enero de 2014	416
D. DISCIPLINARIO	
SANCIÓN DISCIPLINARIA	
Caducidad - 2 de diciembre de 1993	418
MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA	
Régimen disciplinario especial - 18 de diciembre de 1995	419
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	
Régimen disciplinario - 29 de marzo de 1996	420
PROCESOS DISCIPLINARIOS	
Reserva - 27 de julio de 2000	423
PODER SANCIONADOR DEL ESTADO	
Potestad disciplinaria y derecho administrativo sancionatorio – 30 de octubre de 2013	425

II. DERECHO LABORAL COLECTIVO

FUERO SINDICAL

Supresión de empleo de empleado público - 2 de junio de 1995 427

SINDICATO

Subdirectivas y comités seccionales - 6 de junio de 1995 428

Clases. Representación sindical - 30 de agosto de 1995 429

DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

Actividades sindicales y comisiones de carácter permanente – 5 de febrero de 1996 431

Derecho de sindicalización. Pago adicional para directivos docentes – 2 de diciembre de 2015 433

CONVENIONES COLECTIVAS

Normas disciplinarias - 13 de febrero de 1996 434

EMPLEADOS PÚBLICOS

Derecho de asociación sindical - 22 de mayo de 1996 436

Medidas de protección laboral por desplazamiento forzado – 15 de agosto de 2002 437

Derecho de asociación sindical - 24 de julio de 2008 440

III. RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Competencia del Congreso para fijar el régimen prestacional – 8 de octubre de 1992 442

BANCO DE LA REPÚBLICA

Naturaleza jurídica y obligaciones en materia de previsión social – 3 de febrero de 1994 444

PRESTACIONES SOCIALES

Creación por autoridades territoriales - 22 de abril de 1996 446

CONCEJALES

Derecho a la seguridad social - 22 de mayo de 1996 448

SERVICIO MILITAR

No hay vínculo legal de empleado público o contrato de trabajo – 16 de septiembre de 1998 450

SUSTITUCIÓN PATRONAL	
Inalterabilidad de los derechos laborales - 28 de junio de 1995	451
SERVIDORES PÚBLICOS	
Pago de salarios a secuestrados - 25 de abril de 2002	452
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO	
Sistema de seguridad social - 24 de julio de 2002	453
REGÍMENES PENSIONALES ESPECIALES Y DE TRANSICIÓN	
Extinción y expectativas legítimas - 26 de noviembre de 2010	455
CUOTAS PARTES PENSIONALES	
Concurrencia de las entidades en el pago de las pensiones - 26 de mayo de 2016	457

CONTRATACIÓN ESTATAL

I. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	
Exigencia de inclusión en el presupuesto no se refiere a los contratos de concesión, que se financian con recursos de los particulares - 15 de febrero de 1965	461
PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD	
Deben acatarse aunque la entidad prestataria esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado - 1 de noviembre de 1995	464
PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA	
Los contratos interadministrativos entre entidades del Estado son una concreción de este principio - 5 de marzo de 2008	466

II. ETAPA PRECONTRACTUAL

CONTRATOS ESTATALES	
Casos en que se requiere revisión del Consejo de Estado - 20 de febrero de 1959	468
CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROPONENTES	
La duración de esta sanción es de dos años, sin perjuicio de la sanción penal que se le imponga al proponente cuando los hechos configuren delito - 31 de julio de 1992	470

**INHABILIDAD DE CONTRATISTAS POR ACTOS
DE CORRUPCIÓN COMETIDOS EN EL EXTRANJERO**

Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que sean responsables de tales actos están incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por la Ley 80 de 1993 y normas complementarias - 27 de agosto de 2015 471

SUBSANACIÓN DE REQUISITOS

Subsanación del requisito de constitución de póliza de cumplimiento en oferta de licitación pública – 6 de noviembre de 2008 475
Verificación de las condiciones de los proponentes – 20 de mayo de 2010 476

III. MODALIDADES DE SELECCIÓN

LICITACIÓN

Carácter general. Solamente puede omitirse en casos excepcionales calificados como tales por el Gobierno Nacional - 16 de febrero de 1923 477

Para la adjudicación de espacios de televisión, deben garantizarse la competencia y la igualdad de oportunidades - 2 de diciembre de 1991 479

En caso de alteración del equilibrio financiero entre la licitación y el perfeccionamiento del contrato no resulta aplicable la teoría de la imprevisión- 2 de julio de 1993 480

Las entidades públicas pueden entregar copia de todos los documentos que conformen una propuesta, salvo de aquellos que tengan el carácter de reservados de acuerdo con la Constitución o la ley - 3 de diciembre de 1993 482

La existencia de procesos de selección especiales para la celebración de ciertos contratos es contraria al carácter general de la licitación - 4 de diciembre de 1995 483

En caso de configurarse una causal de rechazo que afecte varias propuestas, la entidad pública puede rechazarlas sin entrar a dirimir el conflicto entre ellas - 3 de diciembre de 2008 485

CONTRATACIÓN DIRECTA

En caso de realizarse por motivo de urgencia manifiesta, deben justificarse las razones de tal declaratoria - 4 de agosto de 1980 487

Los motivos de urgencia manifiesta deben valorarse en cada caso concreto – 4 de marzo de 1994 489

Se exceptúa de la prohibición de contratación directa por Ley de Garantías, lo requerido para la seguridad y defensa del Estado – 2 de septiembre de 2013 491

IV. ETAPA CONTRACTUAL

CLÁUSULAS EXORBITANTES

Los actos administrativos que impongan multas a los contratistas no pueden ser objeto de conciliación - 2 de marzo de 1992	493
Finalidad de la imposición de multas. Imposibilidad de recibir el pago de multas en bienes y servicios propios del contrato en ejecución – 29 de noviembre de 2010	495
Finalidad de la imposición unilateral de multas. Regulación legal – 10 de octubre de 2013	497

MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

En caso de modificación de contratos celebrados por el Gobierno con Autorización del Congreso, se requiere autorización del Congreso – 17 de junio de 1921	499
Los denominados “alcances progresivos” y “adiciones” incluidos en los contratos de concesión de obra de infraestructura vial deben sujetarse a las formalidades establecidas para la modificación de contratos estatales. – 23 de agosto de 2013	500
Límites temporales, formales y materiales - 17 de marzo de 2016	502

PRÓRROGA DE CONTRATOS ESTATALES

En caso de prórroga de contratos celebrados por el Gobierno con autorización del Congreso, se requiere ratificación del Congreso - 27 de julio de 1918	506
Prohibición de pactar prorrogas automáticas - 19 de mayo de 2010	508

V. FINALIZACIÓN DEL CONTRATO

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Condiciones para su terminación unilateral y anticipada – 3 de agosto de 2015	510
---	-----

VI. OTROS

SOCIEDADES COOPERATIVAS

Se rigen por normas de derecho privado a pesar de ser una creación de origen oficial. Diferencias con los establecimientos públicos - 20 de febrero de 1959	513
---	-----

CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Carácter posterior. La Contraloría no puede intervenir en ningún proceso administrativo de contratación - 14 de diciembre de 1992	517
---	-----

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Régimen de contratación y control fiscal de las Universidades – 25 de mayo de 1994	518
--	-----

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS	
Régimen de Contratación aplicable - 19 de julio de 1995	519

CONTRATO ESTATAL Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS	
Contenidos y exigencias - 17 de octubre de 1995	520

HACIENDA PÚBLICA

I. BIENES DEL ESTADO

A. TIPOS DE BIENES DEL ESTADO

BIENES DE USO PÚBLICO

Demolición del pabellón central del parque de la Independencia - 14 de diciembre de 1915	523
--	-----

Poder de policía administrativa en el proceso de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989 art. 67) - 26 de febrero de 1992	525
---	-----

Plazas de mercado. Protección constitucional a los bienes de los municipios- 27 de octubre de 1992	527
--	-----

Acción de restitución y acción reivindicatoria-16 de marzo de 1994	529
--	-----

Humedales - 28 de octubre de 1994	530
-----------------------------------	-----

BIEN INMUEBLE RURAL

Enajenación por no cumplir su finalidad - 3 de mayo de 1993	532
---	-----

BIENES PÚBLICOS

Afectación y disposición de bienes públicos - 18 de junio de 2014	533
---	-----

BIENES NACIONALES

Enajenación - 19 de junio de 1997	536
-----------------------------------	-----

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

Utilización - 5 de agosto de 1998	537
-----------------------------------	-----

INTERNET

Dominio "punto co" carácter público - 11 de diciembre de 2001	539
---	-----

PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Inalienables - 26 de octubre de 1992	541
--------------------------------------	-----

RECURSOS GENÉTICOS

Propiedad - 8 de agosto de 1997	542
---------------------------------	-----

PLAYAS Y TERRENOS DE BAJAMAR

Bienes de uso público pertenecientes a la nación. Delimitación – 29 de abril de 2014	543
---	-----

B. ACTOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DEL ESTADO

ADJUDICACIÓN

De bienes baldíos. Inexistencia de procedimiento para hacer valer derechos de terceros - 2 de noviembre de 1916	546
De minas en lechos de ríos navegables - 16 de abril de 1917	549

ADQUISICIÓN O USO DE BIENES DE PROPIEDAD ESTATAL

Por servidores públicos - 19 de julio de 2001	550
---	-----

AUXILIOS Y DONACIONES

Al Instituto de Fomento Municipal. Se consideran como aportes de la Nación a favor del Instituto de Fomento Municipal y no son violatorios de las normas presupuestales - 4 de agosto de 1959	552
Fondos mutuos de inversión. Prohibición de auxilios y donaciones – 21 de marzo de 1996	554
Prohibición - 19 de septiembre de 1996	557
Prohibición a entidades estatales – 22 de febrero de 2001	558
Interpretación en el caso de convenios de asociación - 23 de febrero de 2006	559
Prohibición constitucional. Fomento de actividades de interés público – 25 de septiembre de 2008	561
Prohibición constitucional. Imposibilidad de entregar bienes inmuebles a particulares a través de convenios de asociación - 3 de septiembre de 2009	563
Aportes a asociaciones públicas y mixtas en derechos de propiedad industrial -16 de febrero de 2016	565

EXPROPIACIÓN

Expropiación sin indemnización por motivos de equidad y la legalización de tierras en zonas de invasión - 27 de julio de 1994	567
Clases - 2 de octubre de 1996	568

INMUEBLES

Avalúos para efectos administrativos - 22 de abril de 1996	571
--	-----

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Enajenación en el nivel territorial - 16 de agosto de 2001	572
Democratización. No se aplica a venta de participación en consorcios y uniones temporales- 9 de octubre de 2003	574
Defensor del pueblo. Procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal - 28 de julio de 2005	576

Democratización. Imposibilidad de condicionar la enajenación a la venta total de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales - 3 de mayo de 2007	578
Democratización. No aplica en enajenaciones entre entidades del Estado - 23 de septiembre de 2008	580
Enajenación de participación de sociedades de economía mixta en otras sociedades. Uso que debe dársele a los recursos provenientes de dicha enajenación – 4 de septiembre de 2014	581
Democratización. Venta de acciones de propiedad del Estado – 5 de julio de 2016	584
Venta en empresas domiciliadas en otro país – 15 de septiembre de 2016	586

II. CONTROL FISCAL

CORTE DE CUENTAS

Solicitud de certificaciones a petición de empleados nacionales – 14 de diciembre de 1915	588
---	-----

CONTROL FISCAL

Fin del Estado - 14 de abril de 2011	589
--------------------------------------	-----

RESPONSABILIDAD FISCAL

Concepto - 3 de octubre de 1995	592
Acción de repetición. Servidores públicos – 4 de agosto de 2003	593
Acción de repetición. Procesos autónomos y de naturaleza diferente – 6 de abril de 2006	596

A. ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nuevo concepto de control fiscal: del control previo al control posterior y selectivo - 28 de abril de 1992	598
Gestión fiscal del Auditor - 23 de noviembre de 1993	600

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

Auditoría General de la República. Competencia para fiscalizar a las contralorías distritales y departamentales - 28 de febrero de 2002	602
---	-----

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL

Elección de contralores departamentales – 6 de agosto de 1992	605
Autonomía administrativa y presupuestal de las Contralorías Departamentales y Municipales – 11 de diciembre de 1992	606
Presupuesto para su funcionamiento - 29 de agosto de 1995	608
Control fiscal de las contralorías distritales y municipales – 20 de noviembre de 2008	610

CONTRALORÍA DISTRITAL	
Determinación de su estructura orgánica – 9 de octubre de 1995	612
CONTRALORÍA MUNICIPAL	
Facultad del contralor de suspender funcionarios investigados – 15 de julio de 1992	613
VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL	
Contratación con empresas privadas - 25 de noviembre de 1998	614
B. SUJETOS DEL CONTROL FISCAL	
BANCO DE LA REPÚBLICA	
Control Fiscal – 31 de julio de 1996	616
CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	
Control fiscal - 3 de diciembre de 2001	618
Naturaleza, recursos y control fiscal - 15 de agosto de 2006	620
III. RÉGIMENES PRESUPUESTALES ESPECIALES	
EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	
Tributos - 4 de marzo de 1996	622
Régimen presupuestal - 29 de abril de 1996	623
CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES	
Régimen presupuestal - 28 de mayo de 1996	625
IV. TRIBUTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES	
A. GENERALIDADES Y TIPOS	
ANALOGÍA	
Aplicación en materia tributaria - 17 de octubre de 1996	627
FACULTAD IMPOSITIVA	
Autoridad competente para establecer contribuciones - 10 de octubre de 1994	628
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL	
Naturaleza jurídica - 6 de junio de 2002	629

PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL	
Excepciones - 5 de julio de 2016	631
RECURSOS PARAFISCALES	
Características - 8 de julio de 2010	634
B. SUJETOS	
UNIVERSIDADES PÚBLICAS	
Financiación. Recaudos por estampillas pro-universidad – 26 de octubre de 2006	636
Tributo que se causa por la suscripción de contratos de obra, “contratos conexos” y sus adiciones - 10 de mayo de 2016	638
FACULTAD IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES	
No es absoluta y exige participación del legislador. Estampillas – 20 de mayo de 2010	640



PRESENTACIÓN GENERAL

El Consejo de Estado cumple funciones especializadas de consulta y de control judicial sobre las actuaciones públicas. Guiado por los valores y principios de la justicia, la ética, la seguridad jurídica y la paz, ha contribuido a impulsar y transformar el Derecho Administrativo del país, de acuerdo con las corrientes de pensamiento que promueven la democracia y el mantenimiento del Estado de derecho, a mejorar la efectividad de los derechos de las personas y a preservar el orden jurídico y el buen funcionamiento de la Administración Pública.

El Consejo de Estado de la República de Colombia conmemoró su bicentenario en el año 2017. La Corporación, como parte de la celebración de este momento histórico, ofrece a la comunidad esta publicación que da testimonio de su labor desde su fundación en 1817.

El título de la presente obra, “Antología”, quiere expresar que se ha seleccionado una colección de piezas dignas de ser destacadas por su aporte al entendimiento y desarrollo de las principales figuras e instituciones del Derecho Administrativo nacional. Así, el presente trabajo identifica y recoge la jurisprudencia y los conceptos más relevantes que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, ha proferido a lo largo de su existencia.

La obra se encuentra conformada por seis (6) tomos, uno por cada Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, más el correspondiente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En lo que respecta a su contenido, el Tomo número I recopila las decisiones judiciales más importantes de la Sección Primera, que conoce de aquellos asuntos de carácter administrativo para los que no existe regla especial de competencia o que no son de conocimiento de otras Secciones. Aborda temas tales como el acto administrativo y su control judicial, la potestad sancionatoria administrativa, las facultades

extraordinarias, los servicios públicos, el poder de policía, las circulares de servicio o administrativas, la expropiación, la creación de municipios, el conflicto armado interno, las corporaciones públicas, los auxilios y donaciones, los bienes de interés general, los ciudadanos extranjeros, las comunidades indígenas, el medio ambiente, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la libre competencia económica, los mecanismos de control natal y el derecho a la salud sexual y reproductiva, los actos de registro y los títulos de idoneidad.

El Tomo número II de la obra está dedicado a la jurisprudencia de la Sección Segunda, cuya actividad jurisdiccional se circunscribe al conocimiento y resolución de controversias de naturaleza laboral y de seguridad social. Se destacan, por tanto, decisiones relativas a la carrera administrativa, los empleados del Congreso, la Rama Judicial y la fuerza pública, el escalafón docente, el salario, la jornada de trabajo, el contrato realidad, las situaciones administrativas, el retiro del servicio, el régimen disciplinario y las pensiones de invalidez y jubilación.

El Tomo número III de la colección recopila la jurisprudencia de la Sección Tercera, que tiene entre sus funciones dirimir las controversias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado, la contratación estatal y la anulación de laudos arbitrales. Está integrado por 2 volúmenes.

En el primer volumen se encuentran sentencias referentes a los principios de la contratación estatal, el régimen normativo aplicable al contrato estatal, los tipos de contratos estatales, los estudios previos, el pliego de condiciones, el proceso de selección, el perfeccionamiento, ejecución, terminación, nulidad, cesión y liquidación del contrato, las garantías, los poderes exorbitantes, las cláusulas excepcionales, el equilibrio económico y la responsabilidad en la etapa precontractual y contractual. Asimismo, en materia procesal se reúnen sentencias sobre la competencia del Consejo de Estado, el medio de control de las controversias contractuales, el enriquecimiento sin causa, la acción popular y la acción de repetición.

El segundo volumen está dedicado a la responsabilidad extracontractual. Contiene sentencias en relación con los diferentes regímenes y supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado, tales como la falla en el servicio, el daño especial, el riesgo excepcional y el daño antijurídico, así como

respecto de las causales de exoneración de responsabilidad, la acción de reparación directa y la incidencia de la condena penal o disciplinaria en este régimen. Igualmente, abarca sentencias en materia de supuestos específicos de responsabilidad, entre otros, por actos terroristas, la actividad médica y hospitalaria, las actividades peligrosas, el funcionamiento de los establecimientos educativos, el servicio notarial y de registro, la administración de justicia, el medio ambiente y los eventos públicos.

El Tomo número IV presenta la jurisprudencia más relevante de la Sección Cuarta, a la que corresponde resolver asuntos de índole tributaria y aduanera. Por consiguiente, las decisiones aquí compiladas versan sobre los impuestos de renta, a las ventas, al patrimonio, industria y comercio, timbre, predial, consumo, alumbrado público, registro y vehículos. Adicionalmente, hacen parte de este tomo decisiones sobre la retención en la fuente, el gravamen a los movimientos financieros, las contribuciones especiales, el procedimiento tributario nacional y territorial, el cobro coactivo, el comercio exterior, la contribución de valorización, la participación en plusvalía y las estampillas.

El Tomo número V reúne la jurisprudencia de la Sección Quinta, que tiene a su cargo definir las controversias en materia electoral. Dentro de esta lógica, se seleccionaron decisiones judiciales referidas a aspectos procesales y sustantivos tales como la demanda y el proceso electoral, las causales de anulación, los efectos de la sentencia de nulidad, los medios de control, las autoridades, circunscripciones y garantías electorales, la trashumancia y residencia electoral, la doble militancia, el derecho al voto y los partidos políticos.

Finalmente, el Tomo número VI está integrado por los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil. Esta Sala absuelve las consultas generales y particulares que le formulan los Ministros y Directores de los Departamentos Administrativos. En este último tomo se abordan temáticas relacionadas con los principios constitucionales, los derechos fundamentales, la protección de las minorías étnicas, la nacionalidad, el conflicto armado, el medio ambiente, la organización y estructura del Estado, los servicios públicos, las inhabilidades e incompatibilidades, los conflictos de interés e impedimentos, la moción de censura, la función pública, el régimen prestacional y de seguridad social, los bienes del Estado,

la contratación estatal, el control fiscal y los regímenes presupuestales especiales.

Como se advierte, la obra revela las decisiones y dictámenes más significativos que ha proferido el Consejo de Estado desde su creación, que no son más que una muestra de dos siglos de arduo y concienzudo trabajo de la Corporación, para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos y defender el orden jurídico. Asimismo, constituyen un valioso legado dejado al país por todos y cada uno de los magistrados que nos precedieron, y son testimonio de su compromiso y esfuerzo en procura del robustecimiento de la institución. Deseamos entonces que la presente antología de jurisprudencias y conceptos, se traduzca en un aporte para las autoridades públicas, la comunidad jurídica y los ciudadanos.

De otra parte, es justo hacer expresa nuestra profunda gratitud a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, miembros del Comité Editorial y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos de esta obra, a los servidores de las Relatorías del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura y su Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), y a todas y cada una de las personas y funcionarios que apoyaron y participaron en la elaboración de esta obra con gran entusiasmo, dedicación, generosidad, profesionalismo y sentido de pertenencia a la institución.

Sea esta la oportunidad, dentro del marco de la conmemoración del bicentenario, de reafirmar el inquebrantable compromiso del Consejo de Estado, guiado por los principios de eficiencia, transparencia y buen gobierno, de continuar trabajando para satisfacer las demandas democráticas de pronta y cumplida justicia, y elevar los niveles de confianza de los colombianos en el poder judicial.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente del Consejo de Estado 2017

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente del Consejo de Estado 2018

PRÓLOGO

200 AÑOS DEL CONSEJO DE ESTADO: Construcción de institucionalidad con visión hacia el futuro

En el año 2017 celebramos el bicentenario de la creación del Consejo de Estado. Por esto, la Corporación ha puesto todo su esfuerzo en la elaboración de la presente publicación, con el fin de divulgar el trabajo jurisprudencial y consultivo en sus doscientos años de existencia, en las diversas materias que se le han confiado.

El propósito de esta obra, es proporcionar elementos de conocimiento y de juicio que faciliten la comprensión de los derechos que le son reconocidos a las personas por la Constitución y la ley, cuya protección frente a las actuaciones de la Administración se le ha encomendado a esta Corporación, en su rol de garante del principio de legalidad y en ejercicio de su función de fiscalización y control judicial de la actividad estatal.

Para determinar el alcance y significado de esta obra, es menester realizar una reflexión histórica que transporte al lector a las dificultades que tuvo en su origen y a las diferentes épocas que ha vivido la institución, de manera que pueda tener un panorama de su labor en el contexto político, social, económico y jurídico del momento en que expidió determinada sentencia o concepto de esta colección, y permita, a partir de su evolución, conjeturar sobre sus retos presentes y futuros.

I. Origen del Consejo de Estado y sus vicisitudes durante el siglo XIX

Se suele afirmar que bajo la teoría de la “separación de poderes”, uno de los logros de la Revolución Francesa es la creación del sistema de control administrativo por una jurisdicción especializada y del Consejo de Estado francés el 13 de diciembre de 1799 (Constitución del año VIII, artículo 52). Fue Napoleón Bonaparte, como “Primer Cónsul”, quien lo instaló el 25 de diciembre de ese mismo año, lo cual representa uno de los antecedentes más importantes para el establecimiento del Consejo de Estado en Colombia.

Para la mayoría de quienes han estudiado la historia del Consejo de Estado, su origen más remoto se halla en el “Consejo Provisional de Estado”, instaurado por el Libertador Simón Bolívar mediante Decreto de fecha 30 de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, en los siguientes términos:

“SIMÓN BOLÍVAR,

Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada...

Considerando que es imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y los votos más ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la República, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes y reglamentos e instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente:

Art. 1º. Tendrá el Jefe Supremo de la República un Consejo Provisional de Estado que residirá por ahora en la capital de la Provincia de Guayana, y será compuesto del Almirante, del Jefe de Estado Mayor General, del Intendente General, del Comisario General del Ejército, del Presidente y Ministros de la Alta Corte de Justicia, del Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, de los secretarios del Despacho y de los empleados siguientes de esta provincia, mientras resida en su capital, a saber: el Gobernador Comandante General, los Generales y Coroneles que estén en actual servicio en esta ciudad, el Intendente, los ministros, Contador y Tesorero y el Gobernador Político.

Art. 2º El Consejo se dividirá en tres secciones: 1ª Estado y Hacienda; 2ª Marina y Guerra; 3ª Interior y Justicia. (...).”

Como si las consideraciones del citado decreto no fueran ya suficientemente explícitas, resulta bastante elocuente sobre la intención que animaba al Libertador para establecer la institución, el discurso que pronunció durante el acto de instalación del Consejo de Estado en la ciudad de Angostura, el 10 de noviembre de 1817, en cuyos apartes se lee:

“La creación del Consejo de Estado, va a llenar las augustas funciones del poder legislativo no en toda la latitud que corresponde a la soberanía de este cuerpo, porque sería incompatible con la extensión y vigor que ha recibido el poder ejecutivo, no sólo para libertar el territorio y pacificarlo, sino para crear el cuerpo entero de la República. (...).

Señores del Consejo de Estado:

La instalación de un cuerpo tan respetable y digno de confianza del pueblo es una época fausta para la nación. El Gobierno que, en medio de tantas catástrofes y aislado entre tantos escollos, no contaba antes con ningún apoyo, tendrá ahora por guía una congregación de ilustres militares, magistrados, jueces, y administradores, y se hallará en lo futuro protegido, no solo de una fuerza efectiva, sino sostenido de la primera de todas las fuerzas, que es la opinión pública. La consideración popular, que sabrá inspirar el Consejo de Estado, será el más firme escudo del Gobierno.”.

El contexto histórico en el que se expidió este decreto venía precedido del ejercicio centralizado del mando por Bolívar como Jefe Supremo del Gobierno, de manera que avizorando ese poder inmenso y absoluto, constituyó el Consejo de Estado para limitarlo y para sentar, en plena guerra de independencia, las bases que dieran luego paso a la República y a un gobierno representativo y democrático.

Al estudiar en su integridad el Decreto del 30 de octubre de 1817, así como otros documentos histórico-jurídicos que antecedieron y siguieron a la expedición del citado decreto, se puede concluir que el Consejo de Estado creado por Simón Bolívar era, ante todo, un órgano de consulta, apoyo y asesoría del “Jefe Supremo” de la naciente República, en materias políticas, militares y jurídicas, razón por la cual estaba conformado por un amplio grupo de funcionarios civiles y militares. Además, carecía de una estructura propia y permanente y de autonomía orgánica, en cuanto dependía directamente del Libertador y pertenencia, por tanto, al ejecutivo.

En relación con la naturaleza de sus funciones, podría decirse que se trataba de una mezcla de atribuciones consultivas, de coadministración y colegislativas, en cuanto debía preparar, discutir y elaborar leyes, decretos, instrucciones, decisiones y cualquier otra medida que considerara necesaria para el buen gobierno de la incipiente República. En el ejercicio de estas funciones, es importante destacar el pensamiento democrático de la Corporación desde sus inicios, como se evidencia en el hecho de que fue bajo

la orientación y la asesoría del Consejo de Estado que El Libertador Simón Bolívar, en la búsqueda de un gobierno de base popular y representativo, adelantó elecciones populares para la conformación del Congreso Constituyente instalado el 15 de febrero de 1819, cuya labor daría lugar a expedir la Constitución de 1821.

En todo caso, y a pesar de tener su origen en una situación precaria y angustiosa, en medio de la guerra de independencia y de las dificultades inherentes a dicha condición, el Consejo de Estado Provisional constituyó el origen remoto de la institución de la que celebramos este año su bicentenario, y al mismo tiempo, el inicio de la función consultiva que hoy ejerce la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En efecto, el origen de dicha función en el Estado colombiano parece coincidir con el nacimiento mismo de nuestra corporación y precedió, en casi 100 años, al nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la cual el Consejo de Estado es actualmente su máximo tribunal y órgano de cierre.

Para llegar a este momento, el Consejo de Estado tuvo que superar enormes dificultades, luchas y contradicciones, que incluyeron su supresión en varias oportunidades, así como múltiples modificaciones en su adscripción a las ramas del poder público, en su composición, en el origen de sus miembros y en sus funciones, tal como se mostrará en el breve recuento que se hace a continuación.

En primer lugar, se observa que ni en el Decreto Constitucional del Estado Libre de Casanare de 1818, ni en el proyecto de la Constitución de Angostura de 1819, ni en la Constitución venezolana de 1819, ni en la colombiana de 1821, aparece el Consejo de Estado.

En efecto, en el periodo posterior a la guerra que selló la independencia, en la Constitución Política de la República de Colombia, aprobada el 30 de agosto de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley Fundamental de la República de Colombia del 17 de diciembre de 1819, y por la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia del 18 de julio de 1821, no se previó la existencia de un Consejo de Estado, sino de un Consejo de Gobierno, compuesto por el Vicepresidente de la República, un ministro de la Alta Corte de Justicia y los secretarios de despacho (artículos 133, 134 y 135). A este órgano, sin embargo, se le asignaron funciones consultivas similares a las que habían sido otorgadas al “Consejo Provisional de Estado”.

Tiempo después, debido al fracaso de la Convención de Ocaña en expedir una nueva constitución o reformar la anterior, propósito para el cual

había sido convocada, Simón Bolívar, invocando su condición de Libertador y Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828 que, según lo ordenado por él, debía servir como ley constitucional del Estado hasta el año de 1830. Por medio de este decreto se restableció el Consejo de Estado, con ese nombre, al lado de un Consejo de Ministros. Este nuevo Consejo de Estado se encontraba conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los ministros secretarios de Estado y un consejero por cada uno de los departamentos de la República, y tenía como funciones las de preparar los decretos y reglamentos que debiera expedir el Jefe de Estado, presentar dictámenes al Presidente para diferentes fines (declaración de guerra, ratificación de tratados etc.), y postular las personas que tuvieran las calidades necesarias para ocupar ciertos cargos públicos, entre otras.

En resumen, en este órgano se condensaron las funciones asignadas en 1817 al Consejo Provisional del Estado, y en la Constitución de 1821, al Consejo de Gobierno.

Posteriormente, en la Constitución Política de la República de Colombia del 29 de abril de 1830 se avanzó en el diseño institucional del Consejo de Estado como órgano asesor del Gobierno nacional, y se delineó en forma más precisa la función consultiva que estaba llamado a cumplir. En efecto, allí se previó, dentro de la estructura de la Rama Ejecutiva (título VII), la existencia de un Consejo de Estado, *“para auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la Administración Pública...”*, el cual estaba compuesto por el Vicepresidente de la República, que lo presidía, los ministros secretarios del despacho, el Procurador General de la Nación y *“doce consejeros escogidos indistintamente de cualquier clase de ciudadanos”* (artículo 95). Entre sus funciones, se destacaban la de *“dar su dictamen para la sanción de las leyes y en todos los negocios graves y medidas generales de la administración pública...”*, así como la de *“preparar, discutir y formar los proyectos de ley que hayan de presentarse al Congreso en nombre del Jefe del Ejecutivo”* (artículo 97).

En los artículos 98 y 99 de esta Constitución se dispuso, respectivamente, que el Jefe del Ejecutivo no estaba obligado a seguir el dictamen del Consejo de Estado y que los Consejeros de Estado serían responsables ante el Senado por los dictámenes que dieran contra expresa disposición constitucional o legal.

En la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada, dada en Bogotá el 29 de febrero de 1832, se previó la existencia de un Consejo de Estado y de un Consejo de Gobierno, ambos dentro de la estructura de la rama ejecutiva. El Consejo de Estado estaba conformado por siete (7)

consejeros nombrados por el Congreso para períodos fijos de cuatro (4) años, con renovación parcial cada dos (2) años (artículos 121 y 123). Además, se previó que no podía nombrarse más de un consejero que tuviera origen en la misma provincia. Esta composición del Consejo de Estado y la forma de elección de sus magistrados, reflejaban la necesidad de dotar a dicha institución de mayor representatividad nacional y de mayor autonomía frente al Ejecutivo.

En cuanto a sus funciones, la Constitución de 1832 avanzó en perfilar la función consultiva, al establecer que, aparte de la preparación de los proyectos de ley, al Consejo de Estado le correspondía “*preparar, discutir y formar... los códigos de legislación que hayan de presentarse al congreso*”, así como “*Consultar, dar su dictamen, prestar o no su consentimiento en los casos que designa esta Constitución*”. Vale la pena mencionar, igualmente, que en esta Constitución se previó ya la reserva o confidencialidad de algunos de los dictámenes que diera el Consejo de Estado (artículo 124).

Años más tarde, en plena guerra civil “de los Supremos o de los Conventos”, aparecieron prevenciones políticas contra el Consejo de Estado, debido a su negativa a conceder algunas facultades extraordinarias que el Ejecutivo había solicitado para aumentar los cuerpos de la fuerza pública. Ello condujo a que en 1843, durante el gobierno del General Pedro Alcántara Herrán, se recomendará, como una reacción frente a esta situación, la eliminación del Consejo de Estado en la reforma constitucional que a la sazón se tramitaba.

Fue así como se expidió la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, el 20 de abril de 1843, que abolió el Consejo de Estado y este cerró sus sesiones el 30 de septiembre del mismo año, pero mantuvo el Consejo de Gobierno y le asignó a este algunas de las funciones consultivas que tenía el Consejo de Estado (artículos 117 y 118).

En las Constituciones de 1853¹, 1858² y 1863³, de corte centro federal y federalista, respectivamente, se omitió igualmente la institución del Consejo de Estado, seguramente por el debilitamiento del poder ejecutivo y el correlativo fortalecimiento del legislativo y la mayor autonomía de las entidades territoriales.

1 Constitución Política de la Nueva Granada.

2 Constitución Política para la Confederación Granadina.

3 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia.

Finalmente, cuarenta y tres (43) años después de su abolición y casi tres décadas de federalismo, la Constitución Política de Colombia aprobada el 4 de agosto de 1886, que le devolvió a nuestro país su carácter de república unitaria, reconstituyó de manera clara y decidida el Consejo de Estado, al cual le dedicó todo un título (el Título XIII).

En cuanto a su composición y al origen de sus miembros, se dispuso que tendría siete (7) miembros: el Vicepresidente de la República y seis (6) “vocales” (artículo 136), nombrados así: Dos (2) por el Senado⁴, dos (2) por la Cámara de Representantes⁵ y dos (2) por el Presidente de la República⁶. De esta forma, se dotó a la institución de mayor autonomía y, al mismo tiempo, mayor representatividad frente a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. Además, retomó el período de cuatro (4) años para los Consejeros de Estado, con renovación parcial cada dos (2) años (artículo 138).

En cuanto a sus funciones, es importante destacar que por primera vez en la historia constitucional del país, se le otorgó el doble carácter de “Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración”, debiendo necesariamente ser oído en todos los casos que determinara la Constitución y la ley, y máximo tribunal de lo contencioso administrativo, aunque debe aclararse que esta última calidad fue condicionada en dicho momento a que el legislador decidiera crear esta jurisdicción especializada, en los siguientes términos:

“Artículo 141

Son atribuciones del Consejo de Estado

(...)

3ª Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación.

En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso administrativo con un Fiscal, que serán creados por la Ley.

(...)”

4 Artículo 98 numeral 2°.

5 Artículo 102 numeral 3°.

6 Artículo 120 numeral 5°.

El mismo artículo permitió expresamente al Consejo de Estado darse su propio reglamento, y previó que la ley podría señalarle funciones adicionales.

El artículo 139 *ibídem* estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado estuviera dividido en secciones, “*para el despacho de los negocios de su competencia*”, en la forma en que la ley o su propio reglamento lo establecieran.

Como se observa, estas normas representaron un avance fundamental en la institucionalización del Consejo de Estado y en el desarrollo de las funciones que hoy en día cumple, por las siguientes razones:

- 1) Se restableció el Consejo de Estado a nivel constitucional, como un organismo principal del Estado, sin adscribirlo expresamente a ninguna de las ramas del poder público, pero separado, en todo caso, del Gobierno nacional. Recuérdese que hasta ese momento, el Consejo de Estado había sido definido y regulado como un cuerpo perteneciente a la Rama Ejecutiva.
- 2) Se previó, por primera vez, la posible existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, a la cabeza de la cual estaría el Consejo de Estado. Con esto se empezó a vislumbrar la futura pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, que sería definida más adelante por la ley.
- 3) Como se explicó en forma previa, se consagró a nivel constitucional el doble papel que vendría a jugar el Consejo de Estado más adelante, como cuerpo supremo consultivo del Gobierno y máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el ocaso del siglo XIX y en los albores del siglo XX, se expidieron algunas normas legales que pretendieron desarrollar la Constitución de 1886, en lo atinente a las funciones del Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, la Ley 149 de 1888 (“Código Político y Municipal”) reguló el funcionamiento del Consejo de Estado y le atribuyó la competencia adicional para “*determinar el orden en que deban entrar a ejercer la Presidencia los Ministros, llegado el caso*”. Las Leyes 50 de 1894 y 18 de 1896 dispusieron sobre los suplentes de los Consejeros de Estado y la forma de llenar las vacantes que se presentaran. La Ley 163 de 1896 le asignó a la corporación la función de revisar las decisiones que en materia de contratación pública adoptara la “*comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones*”.

Como puede observarse, el siglo XIX terminó con augurios promisorios sobre el Consejo de Estado, pues no solo había sido restablecido

constitucionalmente, con mayor autonomía y con la posibilidad de ser la cabeza de una nueva jurisdicción, sin dejar de ser el “cuerpo supremo consultivo del Gobierno”, sino que la ley había empezado a desarrollar y a ampliar sus funciones básicas señaladas en la Constitución.

II. La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la consolidación del Consejo de Estado durante el siglo XX

A comienzos del siglo XX, se expidió bajo la Presidencia del General Rafael Reyes la Ley 27 de 1904⁷, que le otorgó la competencia para resolver de manera definitiva *“sobre la validez o nulidad de las ordenanzas acusadas por falta de competencia de las asambleas departamentales, o por ser violatorias de la Constitución o las leyes”*. Debe resaltarse que esta atribución puede ser calificada como la primera que se le entregó efectivamente al Consejo de Estado en el campo judicial, aun antes de establecerse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De hecho, el artículo 4º de la misma Ley 27 de 1904 así lo consideró, cuando dispuso: *“mientras se organiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se crea el empleo de fiscal de que habla la Constitución, el Consejo de Estado oirá el concepto del Procurador General de la Nación en los negocios cuyo conocimiento le atribuya la presente ley”*.

No obstante, a pesar de lo dispuesto en la Constitución Política de 1886 y en las leyes que la empezaron a desarrollar, el siglo XX empezó con un hecho desafortunado para la institucionalidad del país, pues el mismo General Rafael Reyes, con el pretexto de reducir empleos y con ello, gastos, consideró innecesaria la existencia del Consejo de Estado. Algunos historiadores comentan que esta decisión se debió, en realidad, a la negativa del Consejo de Estado para autorizar algunos créditos fiscales requeridos por el Jefe de Estado para cubrir gastos de la guerra, aunque otros aseveran que se debió a la negativa de la Corporación de otorgar ciertas autorizaciones solicitadas por el ejecutivo en relación con la aplicación de la pena de muerte.

Esto hizo que Reyes convocara una “Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa”, la cual expidió el Acto Legislativo N.º 10 de 1905, mediante el cual se suprimió el Consejo de Estado y se derogó el Título XIII de la Constitución, por considerarlo un “engranaje inútil en la administración pública” y la necesidad de reducir el número de empleados para economizar recursos⁸,

⁷ *“Sobre anulación de ordenanzas departamentales”*.

⁸ El texto del Acto Legislativo No. 10 de 1905, era lacónicamente del siguiente tenor: *“Suprímese el Consejo de Estado. La Ley determinará los empleados que deban cumplir los deberes o funciones señalados a*

pese a que, más adelante, el mismo Gobierno se embarcó en un proceso de reforma de las instituciones públicas y al final de su mandato se gestará un proceso de reforma constitucional. Esto condujo a que, posteriormente, con las reformas constitucionales de 1910, se dispusiera la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de forma obligatoria y no ya como una mera posibilidad, en la forma que lo establecía la Constitución de 1886, si bien en ese momento no se restableció el Consejo de Estado. En efecto, el artículo 42 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910, que formaba parte del Título V, sobre la Rama Judicial, preceptuó lo siguiente: “Artículo 42. La ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”.

Este mandato se ejecutó mediante la Ley 130 de 1913⁹, considerado el primer código contencioso administrativo del país, cuyo objeto era “la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas”.

La Ley 130, puso en marcha el modelo de dualidad de jurisdicciones, esto es, una justicia ordinaria para el conocimiento y la resolución de los conflictos entre particulares y una justicia de lo contencioso-administrativo para el conocimiento de las controversias entre los particulares y el Estado (o entre entidades públicas). Para tal efecto, señaló que esta jurisdicción sería ejercida por “el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo” (artículo 2º), sin indicar en parte alguna que el “Tribunal Supremo” se denominara Consejo de Estado, o que correspondiera a la misma corporación que había sido suprimida en 1905, sobre la base de que solo por vía de la Constitución se podía revivir la Corporación.

Bajo la Ley 130 de 1913, el juez administrativo era un juez de legalidad, que circunscribía su actividad a verificar que las decisiones administrativas no violaran la ley. Su rol era afín con la ideología del Estado liberal clásico presente en la Constitución de 1886, caracterizada por una intervención mínima del Estado, dirigida a establecer un orden normativo que permitiera el libre desarrollo de las actividades privadas y de las relaciones sociales, a garantizar y proteger los derechos individuales y la libertades públicas, así como a vigilar el cumplimiento de dicho orden.

esta Corporación. Queda derogado el Título XIII de la Constitución Nacional.” Comentan Pombo, Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, en *Constituciones de Colombia*, Banco Popular, pp. 275-278.

9 Este proyecto se presentó bajo el mandato del Presidente Carlos E. Restrepo, quien había conformado una comisión de abogados auxiliares de los ministerios (creada en el art. 63 de la Ley 88 de 1910) por José González Valencia, Luis Rubio Saiz y Eduardo Rodríguez de Piñeres.

El Congreso de la República, mediante el Acto Reformatorio de la Constitución expedido el 10 de septiembre de 1914, restableció el Consejo de Estado como órgano constitucional¹⁰, en forma similar a como estaba regulado en la Constitución original de 1886. Sin embargo, efectuó algunos cambios:

- El artículo 1° dispuso que en lugar del Vicepresidente de la República (figura que había sido eliminada), el Consejo de Estado sería presidido por el “Designado para ejercer el Poder Ejecutivo” y que sus otros miembros (denominados “vocales”) serían designados en la forma que señalara la ley.
- En relación con sus funciones, mantuvo en esencia las que le fueron asignadas en 1886, pero, con base en lo dispuesto por el Acto Legislativo N.º 3 de 1910 y la Ley 130 de 1913, el artículo 6° de esta reforma determinó, sin timidez, que el Consejo de Estado desempeñaría “las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”.
- Asimismo, consagró la obligación de oír al Consejo de Estado en los casos previstos en el artículo 28 de la Constitución (detención administrativa de personas contra las cuales hubiere graves indicios de que atentaran contra la paz pública) y 33 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910 (declaratoria de estado de sitio por guerra exterior o conmoción interior).

Posteriormente, en la Ley 85 de 1916, se le confió el conocimiento de la acción de nulidad electoral de los dignatarios elegidos popularmente al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo (artículo 189), a excepción de aquella en contra de la elección del Presidente de la República que se le asignó a la Corte Suprema de Justicia. Luego en la Ley 96 de 1920 se atribuyó el conocimiento pleno de todas estas acciones a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, competencia reiterada en las leyes 31 de 1929, 60 de 1930, 7 de 1932, en cuyo artículo 12 creó la Sala de Negocios Electorales “*para el conocimiento y decisión de los litigios electorales*”, integrada por cuatro magistrados, dos para cada partido, elegidos por el Consejo.

En ese mismo periodo se expidieron otras leyes que modificaron la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado,

¹⁰ El proyecto fue presentado por José Vicente Concha en su calidad de Senador de la República, y quien luego sería Presidente de la República en el periodo de 1914-1918.

con base en estas disposiciones constitucionales, como las Leyes 34 de 1923¹¹, 70 de 1930¹², 64 de 1931¹³ y 167 de 1941¹⁴ (segundo código contencioso administrativo). Esta última ley reguló, en forma separada, las funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas del Consejo de Estado¹⁵. Así, por ejemplo, en relación con las primeras, el artículo 24 *ibídem* disponía:

“Artículo 24. Las funciones consultivas del Consejo de Estado se ejercen, a solicitud del Gobierno, en los casos de que tratan los artículos 24 y 117 de la Constitución Nacional.

Además, se oirá el dictamen del Consejo, a solicitud del Gobierno:

- 1. Para permitir, en receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República;*
- 2. Para permitir la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la nación;*
- 3. Para dictar los decretos y resoluciones en materia electoral, a que se refiere el artículo 307 de la Ley 85 de 1916;*
- 4. Para abrir créditos al Presupuesto Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 208 de la Constitución y en el 29 de la Ley 64 de 1931.*

El Consejo actuará como Supremo Cuerpo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y con tal carácter rendirá su dictamen en todos los demás casos no previstos aquí, cuando el Gobierno así lo solicite o la ley lo disponga.

Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, excepto en el caso del ordinal 49 de este artículo cuando el dictamen fuere adverso a la apertura del crédito”.

11 “Sobre formación y fuerza restrictiva del Presupuesto Nacional”.

12 “Por la cual se reorganiza el Consejo de Estado y se dictan unas disposiciones sobre juicios de nulidad ante lo contencioso administrativo”. Eliminó la existencia de las dos Salas de la corporación y entregó el conocimiento de todos los asuntos a la reunión en pleno.

13 “Orgánica del Presupuesto”.

14 “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”. La elaboración del proyecto fue encargado por el Consejo de Estado a uno de sus miembros, el Consejero Ramón Miranda, quien en efecto lo redactó. Posteriormente fue sometido al estudio y aprobación de la Corporación y, luego de esta remitido por Tulio Enrique Tascón, Presidente de la Corporación para la época, al Gobierno nacional. Finalmente, fue presentada el 27 de noviembre de 1939. Cfr. Anales del Senado, Bogotá, 28 de noviembre de 1939, p. 922.

15 En 1941, con el Decreto Legislativo 4120 de diciembre 29, se incrementó el número de Consejeros de Estado de siete a diez.

Y con respecto a las funciones “administrativas”, el artículo 32 preceptuaba:

“Artículo 32. Corresponden además al Consejo de Estado, como funciones administrativas, las siguientes:

- 1. La revisión de los contratos, licencias o permisos celebrados o concedidos por el Gobierno, en los casos señalados en las leyes, y*
- 2. Hacer el nombramiento de peritos evaluadores de bienes nacionales, cuando la ley así lo disponga”.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 167 de 1941 el papel del juez administrativo sufrió importantes cambios, toda vez que se le confirió una mayor tutela de los derechos subjetivos de las personas, ya no solo de los denominados derechos individuales, sino también aquellos derechos sociales y económicos introducidos en la Constitución mediante la reforma constitucional del año de 1936. De esta manera, al ampliarse los medios de control y la gama de derechos a proteger y su resarcimiento, el juez contencioso administrativo ya no se limitaba únicamente a juzgar los actos administrativos promulgados bajo el concepto de autoridad, pues ahora podía pronunciarse también sobre la actividad material de la administración, ampliando así notablemente su órbita de competencia de control de la administración.

La reforma constitucional de 1945 (Acto Legislativo N.º 1 de ese año), introdujo algunas modificaciones importantes en la composición y el funcionamiento del Consejo de Estado, así:

- Se defirió a la ley la determinación del número de miembros de la corporación.
- Se dispuso que la elección de los magistrados del Consejo de Estado le correspondería al Congreso de la República, de ternas presentadas por el Presidente de la República, en las cuales debía incluir, al menos, a un Consejero en ejercicio.
- Se estatuyó que el Consejo de Estado debía estar dividido en salas o secciones, para separar sus funciones como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de aquellas otras que le correspondan en virtud de la Constitución y la ley.

- Se atribuyó a la misma corporación la facultad de escoger a su presidente.

Vale la pena comentar que el artículo 41 (nuevo) de este acto legislativo asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la competencia para “conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno”, con excepción de algunos que la misma norma señalaba. Así, al Consejo de Estado se le asignó también la tarea de juez de constitucionalidad de ciertos actos del Gobierno nacional.

Mediante el Decreto Legislativo 4120 de 1949, el Gobierno nacional dictó normas sobre la organización del Consejo de Estado, entre las cuales se destaca aquella que fijó en diez (10) el número de magistrados de esta corporación, distribuidos así: Tres (3) para la Sala de Negocios Generales y siete (7) para la Sala Contenciosa Administrativa.

La reforma constitucional de 1957, aprobada popularmente mediante el plebiscito que tuvo lugar el 1º de diciembre de ese año, implicó de nuevo cambios importantes en la organización del Consejo de Estado, que se pueden resumir así:

- Estableció la paridad política en la composición de esta corporación¹⁶, entre los partidos tradicionales (Liberal y Conservador), como ocurrió con otras importantes instituciones del Estado.
- Dispuso que los Consejeros de Estado podrían permanecer en sus cargos indefinidamente, mientras observaran buena conducta y no llegaran a la edad de retiro forzoso. De esta manera puso fin al período (de 4 años) que las normas anteriores habían fijado para los mismos magistrados.
- Señaló que las vacantes que se presentaran debían ser llenadas por la misma corporación, mediante el sistema de cooptación.

Mediante la Ley 19 de 1958¹⁷ se creó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que inicialmente en esa ley se denominó Sala de Servicio Civil, con el objeto principal de estudiar los proyectos de ley o de decreto que se sometieran a su consideración en materia de servicio civil (artículo 9º). Posteriormente, el Decreto Ley 1153 de 1959 estableció que la

¹⁶ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 251 del 9 de octubre de 1957, que modificó el artículo 12 del texto indivisible (del plebiscito) incluido en el Decreto Legislativo 247 de 1957.

¹⁷ “Sobre reforma administrativa”.

sala consultiva del Consejo de Estado estaría conformada por los mismos magistrados que integraban en ese momento la Sala de Negocios Generales.

El Decreto Ley 528 de 1964¹⁸, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 27 de 1963, determinó que el Consejo de Estado tendría diez y seis (16) magistrados y estaría dividido en dos salas generales, denominadas Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y Servicio Civil, como se denomina hoy en día (artículo 21), y dispuso que la primera estaría integrada por cuatro salas o secciones (artículo 22). Asimismo, el citado decreto estableció las funciones de cada una de las salas generales mencionadas. Vale la pena comentar que, entre las atribuciones a la Sala de Consulta y Servicio Civil, se encontraba la de *“decidir las cuestiones que se susciten entre la nación y uno o más departamentos o municipios, entre dos o más departamentos, o entre uno de estos y una intendencia o comisaría, o entre cualquiera de las entidades citadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos o empresas públicas, sobre competencia de facultades administrativas”* (artículo 31, numeral 5º), lo cual constituye un antecedente de la función de dirimir los conflictos de competencia administrativa que se presenten entre entidades públicas, función que más adelante se trasladó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación y que, finalmente, con la Ley 954 de 2005¹⁹, retornó a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Con la Ley 50 de 1967²⁰ se aumentó el número de Consejeros de Estado a veinte (20), se ratificó la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil por cuatro (4) magistrados, designados por el Gobierno, de acuerdo con la regla de la paridad política, entre los Consejeros de Estado que hubiesen sido previamente elegidos, y se dispuso que tales magistrados no podrían tomar parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas al Consejo de Estado.

La reforma constitucional de 1968 no significó modificaciones importantes en las normas que regulaban el Consejo de Estado. Sin embargo, en vigencia de esta reforma, se expidieron algunas leyes y decretos con

18 *“Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones”.*

19 *“Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.*

20 *“Por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento”.*

fuerza de ley que asignaron nuevas funciones al Consejo de Estado. Así, por ejemplo, los estatutos de contratación pública contenidos en el Decreto Ley 150 de 1976 y luego en el Decreto Ley 222 de 1983, dispusieron la obligación de que la legalidad de ciertos contratos fuera revisada en forma previa por dicha Corporación. Asimismo el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986) le atribuyó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de certificar el cumplimiento de las calidades constitucionales requeridas para ser Presidente de la República, por parte de los candidatos a ocupar dicho cargo (artículo 91).

Por esta misma época se dictó el tercer Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto Ley 01 de 1984²¹, en el cual se establecieron y regularon detalladamente las funciones que competen al Consejo de Estado y a cada una de sus salas: la Sala Plena, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil, se unió al Procedimiento Administrativo y a la parte contenciosa jurisdiccional, bajo pluralidad de acciones: nulidad, restablecimiento del derecho, reparación directa y contratos (modificado por el Decreto 2304 de 1989, las leyes 446 de 1998, 589 de 2000, 954 de 2005, 1107 de 2006 y la Ley 1395 de 2010).

Cabe mencionar que, aún bajo este nuevo código, se mantenía la distribución paritaria del Consejo de Estado, de acuerdo con las reglas fijadas desde el Plebiscito de 1957. Sin embargo, esta situación llegó a su fin con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2005), expedida ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, y con la sentencia C-636 de 1996²², en la cual la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 98 del

21 Su elaboración fue encargada a una Comisión Asesora del Gobierno creada por la Ley 58 de 1982, integrada por el Ministro de Justicia, quien la presidió (actuaron en su orden Bernardo Gaitán Mahecha y Rodrigo Lara Bonilla); Hugo Palacios Mejía, Gerente General del Banco de la República quien actuó como delegado del Ministro de Justicia; los Senadores Hugo Escobar Sierra y Jaime Castro; los Representantes a la Cámara, Benjamín Ardila Duarte y Alfonso Campo Soto (de las Comisiones Primeras Constitucionales); los Consejeros de Estado Humberto Mora Osejo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil y Jorge Valencia Arango, por la Sala de lo Contencioso Administrativo; y, por los profesores de derecho administrativo y también Consejeros de Estado designados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez; y Jaime Vidal Perdomo, como Asesor del Ministro de Justicia. Luego se conformó un grupo auxiliar por Consuelo Sarria Olcos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Camilo Vargas Ayala, que contaron con la colaboración de Enrique Arboleda Perdomo. Finalmente, se encargó la redacción final a una subcomisión del Gobierno compuesta por el Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, la Secretaria Jurídica de la Presidencia Lilian Suárez Melo, Jaime Vidal Perdomo y Hugo Palacios Mejía.

22 Corte Constitucional, sentencia C-636 del 21 de noviembre de 1996, expediente D-1355.

Código Contencioso Administrativo, que ordenaba tener en cuenta las reglas de la paridad política en la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La expedición del Decreto Ley 01 de 1984 implicó también una modificación en el papel del juez administrativo, pues se dio paso a un sistema de protección de derechos subjetivos e intereses legítimos, que tomó en consideración el control de todos los medios de expresión de la administración: actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos de la administración. De esta suerte, la visión del juez al momento de juzgar a la administración experimentó una importante transformación que se vería reflejada en el desarrollo jurisprudencial que tendría lugar con posterioridad.

De esta manera, el Consejo de Estado se consolidó como una institución de la Rama Judicial al servicio del país y de los ciudadanos, con aportes significativos para la juridicidad colombiana, tal y como se reseña a continuación.

III. El Consejo de Estado a la vanguardia en la protección de los derechos fundamentales desde sus comienzos

A la par con la evolución histórica y normativa relatada, el Consejo de Estado y, en general, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, elaboró una jurisprudencia cada vez más rica y comprensiva, en los campos del derecho administrativo, del derecho económico (tributario, comercio exterior, aduanas, financiero, etc.) y aun del derecho constitucional, con sentencias que marcaron hitos en el desarrollo de estas áreas del derecho en nuestro país.

Así, a partir de 1915, el Consejo de Estado comenzó, de manera un tanto residual, a conocer de los procesos en los que de acuerdo con la legislación vigente se reconocieran indemnizaciones por expropiaciones realizadas por el Estado colombiano, así como el reconocimiento de recompensas y pensiones que tuvieran como antecedente la Guerra de los Mil Días (1899-1903). Por otra parte, la Ley 38 de 1918 marcó el fundamento con base en el cual la jurisdicción administrativa conoció de las controversias que oponían a la administración y a los ciudadanos por motivo de expropiaciones y daños a la propiedad privada.

Por ejemplo, también ya desde 1915, la jurisdicción, con ocasión de una demanda en la que se pedía la nulidad de una ordenanza de la Asamblea de

Cundinamarca, en sentencia del 18 de junio de ese año, en relación con la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, así como con el secreto profesional a que están obligadas ciertas personas en razón de su profesión u oficio, consideró inadmisibles que para el cobro de un impuesto se pudiera imponer la obligación de ratificar bajo juramento datos sobre utilidades obtenidas y de presentar libros, certificaciones y documentos. Concluyó que no es admisible que por la vía de la efectividad de un impuesto departamental se pueda registrar la vida privada y violar el secreto profesional de las personas.

Igualmente, en una acción en la que se pedía la nulidad de una ordenanza que prohibía a determinadas personas por el ejercicio de su actividad habitar en lugares cercanos a los templos y que, además, confería a la Policía un poder discrecional para lanzarlas sin mayor formalidad o trámite, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de julio de 1921, consideró que la actuación de las autoridades en las condiciones anotadas, atentaba contra sus derechos a la libertad e inviolabilidad del domicilio y declaró la nulidad de ese acto.

Mucho antes de la Constitución de 1991, de avanzada fueron las consideraciones de la jurisdicción en cuanto a la igualdad de género. Así, en sentencia del 5 de octubre de 1943, el Consejo de Estado señaló que pese a que las mujeres no tenían la ciudadanía podían ejercer cargos en la judicatura.

En otra dimensión de garantía de derechos, en sentencia del 21 de julio de 1966, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al conocer de una demanda de nulidad contra algunos artículos del Decreto 579 de 1965, por el cual se creaba la Comisión de Textos y Materiales Escolares y el Fondo Rotatorio Nacional del Texto Escolar Gratuito, que contemplaban sanciones a las instituciones educativas que adoptaran textos distintos a los previamente inscritos en la Comisión, declaró la nulidad de las disposiciones al considerar que atentaban contra la libertad de enseñanza.

Frente a la construcción de elementos tan importantes para la participación ciudadana como son los partidos políticos, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 5 de febrero de 1974, cuando ni siquiera la Constitución contemplaba un régimen de partidos, destacó la importancia de las agrupaciones políticas para la democracia y abogó por la necesidad de su existencia. Asimismo, en sentencia de 8 de junio de 1973, dijo que el sistema electoral democrático debía tener dos características: el imperio o gobierno de las mayorías y el “exquisito respeto al derecho de las

minorías”, anticipándose en la tutela de los derechos de estas, propio de las democracias actuales.

En sentencia del 1° de agosto de 1978, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, se resaltó el principio de legalidad, indicando que “desde la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”: *“la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Nadie podrá impedir lo que la ley no prohíba, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”*”.

También tempranamente la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación, en sentencia del 25 de mayo de 1978, defendió el derecho a la libertad de expresión, al estimar que el buen nombre de la administración no se deterioraba ante las opiniones que expresaran quejas por su manejo o dirección; afirmó que no se puede coartar la libertad de expresión de los gobernados, y sostuvo que la libertad de pensamiento y de palabra no podían silenciarse mediante actos o providencias represivas.

En sentencia de la Sección Tercera del 2 de febrero de 1988, en la cual se reiteró, incluso, otra de 1985, el Consejo de Estado insistió en que no puede la autoridad, bajo ningún pretexto, desobedecer la Constitución y la ley impunemente, y que es su deber acatarla, tanto en su mandato como en su formalismo. De allí que cuando ejerza irregularmente sus mandatos comprometerá con su conducta la responsabilidad del ente estatal. Arguyó que la sola razón de Estado no justifica, en principio, el desconocimiento de la legalidad ni de las garantías individuales.

Por otra parte, cuando aún ni siquiera la libertad de locomoción estaba expresamente consagrada en la Constitución de 1886, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia del 14 de abril de 1982, hizo un importante aporte a su desarrollo, al estimar que la libertad de locomoción o circulación, también llamada “libertad de ir y venir”, es una de las fundamentales del individuo y consiste en la posibilidad de desplazamiento de una persona según su voluntad.

Aún más, desde la óptica reparatoria de los daños antijurídicos por la acción u omisión de las autoridades a las personas, ha velado por la garantía de los derechos a la vida e integridad de las personas y la igualdad de derechos, aspectos en los cuales ha hecho importantes aportes mucho antes de la Constitución de 1991, incluso superando las tesis tradicionales de responsabilidad subjetiva para dar paso a regímenes de avanzada.

Por ejemplo, en la célebre sentencia de 29 de julio de 1947, con ocasión de una demanda interpuesta por el diario *El Siglo*, cuya circulación se vio afectada por motivos de orden público, la Corporación señaló que si bien la actuación de la Administración de repeler y controlar el orden había sido lícita, había lugar a indemnizar al soportar el periódico una carga especial frente al resto de la comunidad, con lo cual privilegió además el derecho a la igualdad. O también es reconocida la sentencia del 27 de mayo de 1973 de la Sección Tercera, en la que, con ocasión de un operativo contra un peligroso delincuente (Efraín González), en cuya persecución la Fuerza Pública destruyó una casa de un tercero, determinó que, por razones de equidad y de justicia distributiva, quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado y, ciertamente, en el caso que allí estudió la demandante (señora Vitalia V. de Pinilla) no tenía *“por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.”*

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de abril de 1967, declaró la responsabilidad de la administración, con ocasión de hechos desafortunados en que incurrió para reprimir desórdenes públicos, en los que optó por utilizar medios desproporcionados, como el uso de fusiles y otras armas de guerra similares, que fueron disparados indiscriminadamente por la Fuerza Pública en contra de una manifestación estudiantil el 9 de junio de 1954.

En la misma línea garantista, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 1986 atribuyó responsabilidad al Estado por la muerte violenta de un grupo de personas por unos soldados que dispararon indiscriminadamente, al tratar de controlar unos disturbios que se presentaban durante un espectáculo deportivo (partido de fútbol), dado que consideró que no tenía fundamento el argumento esgrimido por la Administración, según el cual con la medida adoptada se había precavido una desgracia mayor y, por el contrario, juzgó que se había vulnerado el principio de la dignidad humana.

De otra parte, en sentencia del 10 de agosto de 1961, en vigencia de la citada Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado adoptó la doctrina de los “motivos y finalidades”, para distinguir y separar la acción de nulidad con la de plena jurisdicción (o de nulidad y restablecimiento del derecho), no a partir de la naturaleza propia del acto –si es de contenido particular y concreto o de contenido general y abstracto–, sino de los motivos determinantes y de las finalidades que conducen a su impugnación por la

vía de la jurisdicción contencioso administrativa, si los eran la defensa de la legalidad y la tutela del orden jurídico abstracto o fundamentalmente el restablecimiento automático de un derecho particular que se hubiera lesionado, con lo cual se hicieron interesantes planteamientos sobre el derecho de acción, superando el escollo en algunos casos de los términos de caducidad para hacer prevalecer la protección al orden jurídico y el acceso a la Administración de Justicia (aunque este último término no se hubiese citado expresamente). Coinciden algunos autores en señalar que pese a tener varios ajustes (en providencias de 8 de agosto de 1972, 2 de agosto de 1990, 26 de octubre de 1995 y 2 de marzo de 2003, entre otras, quedando consignada positivamente en el art. 137 de la Ley 1437 de 2001) se trata de la providencia más recordada a este respecto al abrir el camino para concebir esta teoría propia del contencioso administrativo.

En otro ejemplo, en sentencia del 2 de agosto de 1981, señaló que cuando una autoridad –en ejercicio de sus funciones– retiene a alguien, debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolver a la persona retenida al seno de la sociedad, en las mismas condiciones en que la retuvo.

Igualmente, en sentencias del 21 de agosto de 1981 y del 16 de diciembre de 1987, condenó a la nación por casos de tortura y tratos inhumanos, a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución de 1886. Incluso, censuró el delito de la desaparición forzada, con anterioridad a la previsión de normas en el nivel constitucional, internacional y legal, en un sentido protector de las víctimas de este hecho ilícito.

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en la recuperación por parte de la fuerza pública del Palacio de Justicia por la toma armada realizada por el movimiento insurgente –M-19–, ocurrida los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En las providencias correspondientes, reprochó la omisión del Estado en la adopción de las medidas de seguridad brindadas al complejo judicial y a las personas que laboraban en el interior del recinto, así como la actuación de la fuerza pública al desplegar el operativo de resistencia y recuperación del Palacio de Justicia, sin garantizar las medidas mínimas que debían brindarse a los civiles que se encontraban en Palacio para salvaguardar sus derechos a la vida e integridad personal, razones que motivaron las condenas impuestas tendientes a indemnizar a los sobrevivientes y a los grupos familiares de las

víctimas (cfr. sentencias 19 de agosto de 1994, Exp. N°. 9276; 16 de febrero de 1995, Exps. N°. 8966 y N°. 9040; 27 de junio de 1995, Exp. N°. 9266; 29 de marzo de 1996, Exp. N°. 10920, entre otras).

Estos ejemplos, que por supuesto no excluyen miles de providencias que bajo las temáticas señaladas han sido proferidas por el Consejo de Estado, nos demuestran que, aun en vigencia de la Constitución Política de 1886, el Consejo de Estado, como cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, supo dar positiva respuesta a uno de los paradigmas de los estados constitucionales, como es el control judicial pleno de la Administración, bajo las reglas especiales del derecho administrativo y en defensa de los derechos individuales fundamentales y de las libertades públicas.

En este mismo sentido, en el campo de la función consultiva, el Consejo de Estado, bien en pleno o bien desde que se creó su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha emitido variados e importantes conceptos, que tuvieron impacto en el sector público, entre otras materias, en derecho público (constitucional y administrativo), presupuestal y hacienda pública, contratación estatal, servicio civil, electoral, laboral administrativo, municipal y departamental; y, especialmente, incidencia en la salvaguarda de los derechos de las personas.

En efecto, por vía de ejemplo, en 1830, conceptuó acerca de la inconstitucionalidad de una norma que permitía la expulsión de ciudadanos sin un proceso previo (debido proceso). Posteriormente, al reaparecer en el escenario institucional, en 1897 calificó el atributo de la nacionalidad como un derecho adquirido que no podía perderse como consecuencia de una ley posterior. Ya desde los inicios del siglo XX, específicamente en 1915, la Sala se pronunció sobre el derecho de petición, al determinar que la Corte de Cuentas no podía abstenerse de expedir una certificación solicitada por un empleado nacional en ejercicio de sus funciones. En 1922, la Sala distinguió entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado. Un año después, en 1923, resaltó que la licitación pública era la regla general en materia de contratación pública.

Posteriormente, en 1959 conceptuó sobre la naturaleza de la actividad bancaria y en particular, si era servicio público o no, para determinar la procedencia o no del derecho a la huelga en estos servicios; en 1982 analizó el derecho de la mujer de decidir voluntariamente si quería o no asumir el apellido del marido (adopción del nombre de mujer casada); en el año de 1979, la Sala se pronunció acerca del concepto de supranacionalidad y de la incorporación de las normas de integración regional al ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, merecen ser citados en materia constitucional los conceptos emitidos entre 1989 y 1990 (números 107, 135 y 171 de 1987, 267 y 371), en los que se abordaron diferentes cuestiones y problemáticas relacionadas con la reforma constitucional y legal que instauró en Colombia la elección popular de alcaldes, así como en 1991, cuando estudió las funciones del Congreso de la República disuelto por la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó que no podían reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político, sino solo ejercer las demás funciones administrativas que le habían sido asignadas en la Constitución de 1886.

IV. El Consejo de Estado en la Constitución Política de 1991 y en las leyes que la han desarrollado

La expedición de la Constitución de 1991 y la instauración del Estado Social de Derecho como fórmula política y jurídica del Estado colombiano, repercutieron en todas las instituciones públicas, pero, a todas luces, los cambios fueron especialmente profundos para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el “Estado Social de Derecho” le exige al juez contencioso atender numerosos asuntos adicionales, que envuelven la garantía para todos los ciudadanos de unos estándares mínimos de derechos sociales, económicos y políticos (y ya no meramente civiles o individuales), como un ingreso mínimo vital, alimentación, salud, habitación, trabajo, seguridad social, educación etc., bajo la idea de derecho y no de caridad. Desde un punto de vista cualitativo, el “Estado Social de Derecho” vinculó a este juez a un estado constitucional democrático, el cual se funda en la existencia de nuevos valores y derechos consagrados por la segunda, la tercera y la cuarta generaciones de derechos humanos; y con el cual se crearon mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

Pero no solamente emergió para el juez contencioso administrativo, como imperativo a la hora de asumir la redefinición de su cometido, la configuración de su rol social, con lo que tuvo mayores requerimientos en el plano procedimental y sustantivo, sino que el campo de acción de la jurisdicción debió adecuarse para responder a los cambios impuestos por un

modelo constitucional, que emergió como una mezcla, a veces contradictoria e irreconciliable entre instituciones que, así como defienden los avances en el respeto por los derechos fundamentales, también involucran instituciones que preservan el más puro y duro liberalismo económico.

En ese sentido, la jurisdicción, como juez de la administración, debió enfrentarse a una nueva administración pública ampliada, dentro de un modelo de economía de mercado y libertad de competencia, en el que tuvo que acudir a resolver los conflictos que se originaron con las privatizaciones, la descentralización por colaboración, la libertad absoluta de empresa, la libre competencia, la flexibilización normativa, las desmonopolizaciones, la participación de particulares en la prestación de servicios públicos, entre otros, con la consecuente obligación de hacer compatibles, en este modelo, todo un conjunto de principios constitucionales propios que orientan y rigen la función administrativa.

Es incontrovertible que con el advenimiento del Estado Social de Derecho la función del juez administrativo se tornó más compleja y su cobertura funcional se vio considerablemente ampliada.

Recordemos que otro cambio para la jurisdicción, lo representó justamente la entrada en vigencia de nuevas acciones: populares, de grupo, de cumplimiento y de tutela,²³ cuya fuente directa es la Constitución y cuyo conocimiento quedó asignado en buena parte al juez contencioso administrativo. El conocimiento de esas acciones, las orientaciones dogmáticas de la Carta Política de 1991, sus valores y principios, transformaron la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes antes limitaban su labor a la defensa objetiva de la legalidad; así, comenzaron a orientar también sus poderes ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados, con aplicación directa de sus valores, principios y reglas, sin que mediara, en muchos casos, ley al respecto, situación que de tiempo atrás se conoce comúnmente como constitucionalización del derecho.

Ciertamente, es la Constitución la que en virtud de su eficacia directa y su fuerza normativa superior, se impone a todas las personas y a los poderes públicos. Como efecto, la adaptación, reorganización y aplicación de las normas se hace conforme a los preceptos constitucionales o la interpretación y aplicación directa de estos. El resultado, una mejora en la protección jurídica de

²³ Cfr. Constitución Política de Colombia, artículos 86, 87 y 88, desarrolladas en el Decreto 2591 de 1991, y las Leyes 393 de 1997 y 472 de 1998.

sus destinatarios, máxime en aquellas materias en las que la Administración cuenta con discrecionalidad. De ahí que se entienda la ya clásica expresión de Fritz Werner, Presidente del Tribunal Supremo de la Alemania entre 1958 a 1969: “*el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado*”.

Ahora bien, defender los derechos fundamentales de las personas, incluyó atender no solo los derechos individuales y las libertades públicas, sino la amplia gama de derechos sociales, económicos y ambientales, lo que lo convirtió además en un juez de masas. De hecho, uno de los efectos del cambio de Constitución para la jurisdicción fue un incremento exponencial de demanda de justicia administrativa que condujo a la jurisdicción y, en particular, al Consejo de Estado, a una congestión.

Dentro de la nueva dimensión del Estado Social de Derecho, y la visión garantista, la labor del juez administrativo debió adecuarse para conducir a la realización material de justicia²⁴ y no solo a dar cumplimiento a la ley, con lo cual fue resignando su calificativo de justicia rogada. Esto marca la importancia que adquiere el juez contencioso administrativo en el Estado Social de Derecho, puesto que si bien el cumplimiento de sus fines compete a la totalidad de las autoridades, es el juez, al desatar la controversia o el caso concreto, el llamado a ser garante de la realización de la justicia material y de la preservación de los principios y valores constitucionales, como instrumento de interdicción de la arbitrariedad de la administración.

El fenómeno de la globalización del derecho, tampoco fue ajeno a la jurisdicción y desde la Constitución de 1991, se ha venido entendiendo que el control de convencionalidad es obligatorio y vinculante, por lo cual la jurisdicción contenciosa administrativa en su jurisprudencia se ha puesto en el camino de superar los conceptos e instituciones de derecho interno, para entender que la garantía de los derechos humanos, los procesos de integración y cooperación entre las naciones y los fenómenos propios de la globalización, han impactado y transformado el derecho nacional y la labor de los jueces y tribunales, quienes deben, necesariamente, aplicar también ese derecho administrativo emanado de los convenios y tratados internacionales.

Adicionalmente, como se mencionó antes, el surgimiento de un nuevo modelo de administración pública, en el que se destaca como rasgo predominante una fuerte tendencia a introducir instrumentos y formas privatistas, afectó y mutó el concepto de derecho administrativo, con

24 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 228.

lo cual también se redefinió el perfil del juez y la vigencia de la justicia contenciosa administrativa. En el concepto de derecho administrativo clásico se entiende que este rige la actividad de la administración, la cual actúa ejerciendo una serie de privilegios y poderes exorbitantes para el cumplimiento del interés general, y se sujeta a normas diferentes a las que se le aplican a los particulares. Con la apertura constitucional, en la medida en que se otorga un papel protagónico al sector privado en las actividades industriales y comerciales, y al cual se entregan por variados mecanismos legales el ejercicio de funciones públicas, funciones administrativas y la prestación de servicios públicos, se modificó a fondo el derecho aplicado por la administración, que se vio influenciado por las normas del derecho privado, el que, en todo caso, se armoniza con los preceptos, principios y valores de la Constitución y la efectividad de los derechos de las personas.

Específicamente en relación con el Consejo de Estado, la expedición de la Constitución Política de 1991 implicó, entre otros, los siguientes cambios:

- (i) En primer lugar, y a diferencia de la Constitución de 1886, que regulaba el Consejo de Estado en un título aparte (el Título XIII), sin definir claramente su pertenencia a ninguna de las ramas del poder público, la Carta de 1991 ubicó decididamente al Consejo de Estado dentro de la Rama Judicial, como cabeza de una jurisdicción especializada: la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regularlo en el Título VII (*“De la Rama Judicial”*), Capítulo III (*“De la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*).

Este cambio, que podría parecer de forma, implicó un paso fundamental en la autonomía orgánica y funcional de esta institución, al despejar cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la naturaleza jurídica y la pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, debido al origen histórico de la corporación y a su evolución normativa en la Constitución y en la ley. Lo anterior aportó igualmente claridad sobre la aplicación al Consejo de Estado, a sus funcionarios y a sus empleados, de la normatividad especial que regula la Rama Judicial y la función jurisdiccional, empezando por la contenida en el capítulo I del mismo título de la Constitución de 1991 y siguiendo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuya expedición le encomendó la misma Carta al Congreso de la República (artículo 152, literal b).

- ii) En cuanto a la composición y a la forma de designación de los miembros del Consejo de Estado, el artículo 236 de la nueva Carta Política dispuso

que esta corporación tendría el número *impar* de magistrados que determine la ley; el artículo 231 *ibídem* estableció que los Consejeros de Estado serían nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y el artículo 233 de la misma obra preceptuó que dichos magistrados serían elegidos para períodos individuales de ocho (8) años, no podrían ser reelegidos y permanecerían en el ejercicio de sus cargos mientras observaren buena conducta, tuvieren un rendimiento satisfactorio y no llegaren a la edad de retiro forzoso. Con estas disposiciones se afianzó la autonomía y la institucionalización del Consejo de Estado, como parte integrante de la Rama Judicial, y se aisló su composición y la elección de sus miembros de cualquier consideración política, al omitirse cualquier referencia a la paridad política heredada del Frente Nacional.

- iii) En relación con sus funciones, el artículo 237 de la Constitución de 1991 las amplió y fortaleció, al incluir específica y privativamente al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (numeral 2); la facultad de preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución, y ya no solo proyectos de ley, de códigos, de decretos o de otros actos administrativos (numeral 4); y conocer sobre la pérdida de la investidura de los congresistas (numeral 5).

En desarrollo de estas normas constitucionales, se han dictado varias leyes para regular la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado, las cuales han ido afinando su forma de organización y la manera como ejerce sus funciones. Entre tales leyes, pueden citarse la 270 de 1996, con sus modificaciones (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), la 446 de 1998²⁵, la 964 de 2005²⁶, la 1107 de 2006²⁷ y, finalmente,

25 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

26 “Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.

27 “Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”.

la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el nuevo y cuarto Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²⁸.

De acuerdo con la citada normativa, la función consultiva sigue siendo ejercida por medio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, conformada por cuatro (4) cuatro magistrados, y la función de impartir justicia o función jurisdiccional es llevada a cabo a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conformada por 27 magistrados que se dividen el trabajo en cinco (5) secciones con temas específicos: Sección Primera, que conoce de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento que no sean asignados a otras secciones, como las controversias en materia ambiental, derechos de aduaneros, propiedad intelectual, servicios públicos, entre otras; Sección Segunda, la cual conoce de los asuntos contenciosos laborales; la Sección Tercera, la cual conoce, principalmente, de las controversias de carácter contractual que se dan entre los particulares y el Estado colombiano, así como de demandas instauradas en uso del medio de control de reparación directa, en los que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado y también los asuntos mineros y agrarios; y Sección Cuarta, los asuntos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas, y la Sección Quinta, que conoce de las controversias en materia electoral.

El Consejo de Estado también cuenta con una Sala Plena de la que hacen parte la totalidad de 31 magistrados, y una Sala de Gobierno conducida por 8 magistrados.

28 El Gobierno nacional, mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, creó la Comisión de Reforma a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo integrada por once Consejeros de Estado; un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; los Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, apoyada a través de un grupo de asesores. Los Consejeros de Estado miembros de la Comisión fueron: Gustavo Aponte Santos, Enrique Gil Botero, Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta y Luis Fernando Álvarez Jaramillo, en su calidad de presidentes de la Corporación, para los años 2007, 2008, 2009 y 2010; Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina y Augusto Hernández Becerra, por la Sala de Consulta y Servicios Civil; Martha Sofía Sanz Tobón de la Sección Primera, Alfonso Vargas Rincón de la Sección Segunda, Ruth Stella Palacio Correa de la Sección Tercera, Héctor Romero Díaz y Hugo Fernando Bastidas Bárcenas de la Sección Cuarta, Filemón Jiménez Ochoa de la Sección Quinta y como invitado permanente Mauricio Fajardo Gómez de la Sección Tercera. La Comisión contó con el apoyo de María Elena Giraldo Gómez, Juan Pablo Cárdenas, Guillermo Chaín Lizcano y Augusto Hernández Becerra, en calidad de asesores, y Álvaro Namén Vargas, Magistrado auxiliar de la Sección Tercera, en calidad de Secretario Técnico. Concluida la labor de más de dos años se presentó el proyecto de ley el 17 de noviembre de 2009 –bajo el radicado 198-2009 -Senado- 315-2010 Cámara–, y fue aprobado el 9 de junio de 2010 por el Senado y el 30 de noviembre de ese año por la Cámara, conciliándose el día 14 de diciembre de ese año.

Ahorabien, el propósito más importante que se buscó con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), fue el de adecuar, tanto el procedimiento administrativo como el proceso judicial a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, a los valores, principios y reglas de la Constitución Política de 1991, con el fin último de poner el énfasis en la garantía y protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, además de reafirmar el control de legalidad de los actos administrativos; desarrollar y efectivizar los nuevos mecanismos de protección judicial previstos en la Carta (acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular y acción de grupo); facilitar y mejorar el acceso de los individuos a la administración pública y a la jurisdicción; hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las ritualidades, y garantizar los derechos de igualdad y seguridad jurídica en la producción y en la aplicación de la jurisprudencia.

Con este ánimo, el nuevo código perfiló la función del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en el sentido de ser, más que un tribunal de instancia (de segunda y a veces, de única), un tribunal encargado de efectuar la unificación de la jurisprudencia y el control de validez material de las decisiones adoptadas por los órganos inferiores de la jurisdicción.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 estableció como una de las funciones principales del Consejo de Estado, la de unificar la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa; definió el alcance y los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial, tanto para la jurisdicción como su extensión para la administración pública, y reguló diferentes recursos extraordinarios, cuya competencia se asignó al Consejo de Estado, tendientes a revisar la legalidad de las decisiones adoptadas por los jueces y los tribunales y mantener la homogeneidad en la jurisprudencia, al punto que se permite al Consejo de Estado asumir el conocimiento de los procesos que se tramiten en los tribunales, por razones de importancia jurídica, económica o social, o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

En el campo de la función consultiva y de las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, vale la pena mencionar que el nuevo código amplió considerablemente sus competencias. A la tradicional función de emitir conceptos jurídicos en materia de administración pública, de naturaleza reservada y no vinculante, con base en consultas formuladas por el Gobierno nacional en diversos ámbitos, se le asignaron nuevas funciones

(artículo 112), como la de preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia, proyectos de acto legislativo y de ley; revisar, a petición del Gobierno, los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación; realizar los estudios sobre temas de interés para la administración pública, conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política; emitir concepto, a petición del Gobierno nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio, y ejercer control previo de legalidad de los convenios de derecho público interno con las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Cabe advertir que, nuestro modelo de Consejo de Estado que radica la función consultiva en la Rama Judicial a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, le imprime objetividad, independencia, eficacia, eficiencia y legitimidad a los conceptos que en ejercicio de tal atribución emite, como consecuencia de la autonomía orgánica y funcional de sus miembros frente al Ejecutivo.

La función consultiva, primordialmente, desde la perspectiva de nuestra Constitución Política y en desarrollo del principio de división de poderes y la colaboración armónica entre estos, si bien orienta mediante un dictamen jurídico independiente y da luces al Gobierno nacional en la conformación o ajuste a derecho de sus actuaciones, fundamentalmente sirve de freno o contrapeso para asegurar el acierto del accionar de la Administración y prevenir el ejercicio arbitrario de la autoridad, convirtiéndose en una valiosa y necesaria garantía de contención del poder para proteger la democracia y garantizar los derechos y libertades de los asociados. Asimismo, promueve la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la administración, y contribuye a disminuir los conflictos o controversias entre estos.

Por lo demás, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la medida en que no actúa sobre la base de la potestad, está compelida a hacerlo con base en la auctoritas, pues “...es preferible que los conceptos se acepten más por el peso de la razón, que por la fuerza de la ley...”, como bien lo acuñó en alguna ocasión el Consejo de Estado español a propósito de la función consultiva.

En esta nueva etapa del Consejo de Estado, iniciada a partir de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina de la corporación han seguido creciendo, cuantitativa y cualitativamente, para atender la mayor demanda de justicia administrativa que las normas constitucionales y legales citadas han generado, como un efecto esperado de la ampliación y el fortalecimiento de los derechos de las personas y el empoderamiento de la sociedad frente al Estado, objetivos que dicha Carta buscó, así como para cumplir con los propósitos perseguidos por tales disposiciones, especialmente en cuanto a la protección y efectividad de los derechos individuales y colectivos de las personas, en el nuevo modelo de Estado Social de Derecho.

A manera de ejemplo, pueden citarse las sentencias de unificación jurisprudencial que ha proferido la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre derechos laborales y prestacionales de los empleados públicos, que han dado lugar a que dicha jurisprudencia se extienda a otras personas en varios casos, por tener los mismos supuestos fácticos y jurídicos; las sentencias de unificación emitidas por la Sección Tercera en materia de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, o la sentencia dictada en virtud de una acción popular, que ordenó establecer todo un esquema institucional y un programa plurianual para descontaminar el río Bogotá.

Asimismo, la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil ha ido avanzando, a la luz de los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Política de 1991 y en las normas legales que la han desarrollado, y de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En este campo, pueden citarse, de forma ilustrativa en tiempo reciente, los conceptos que la Sala ha dado sobre la reviviscencia de las normas derogadas, ante la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones que las derogaron, y la normatividad aplicable en materia de derecho de petición (concepto 2243 de 2015); sobre la protección constitucional y legal a las zonas de páramo y la prohibición de la minería y otras actividades económicas en dichas áreas (concepto 2233 de 2014); sobre las inhabilidades para contratar generadas por la comisión de actos de corrupción en el exterior y las medidas legislativas y administrativas que podrían adoptarse para prevenir la corrupción multinacional (conceptos 2260 y 2264 de 2015); sobre la posibilidad de que el Congreso de la República refrendara el acuerdo definitivo celebrado entre el Gobierno de Colombia y la organización insurgente de las FARC (concepto 2323 de 2016); sobre la medición de los

servicios públicos (concepto 2236 de 2016), o sobre el alcance de las funciones de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos para la solución de controversias (concepto 2293 de 2016).

V. El futuro del Consejo de Estado, en relación con sus funciones judicial y consultiva

La evolución histórica y jurídica del Consejo de Estado, desde su creación en 1817 hasta los tiempos presentes, así como su situación actual, permiten sostener que la corporación enfrenta principalmente, entre otros, los siguientes retos:

- 1) Superar la congestión que desde hace varios años enfrenta en el trámite de los procesos judiciales que le competen como máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, y que recae principalmente en los negocios que se tramitan por el sistema escritural, de conformidad con las reglas del derogado Código Contencioso Administrativo. Lo anterior implicará seguramente la creación de salas y magistrados de descongestión y efectuar una modificación profunda en las competencias de los órganos que hacen parte de esta jurisdicción, previstas actualmente en el CPACA. En esta dirección, también es necesario seguir trabajando en la implementación de la Ley 1437 de 2011, especialmente en la oralidad y en la optimización de los sistemas y herramientas de acceso a la información institucional y a los datos estadísticos que dan cuenta del trabajo y productividad.
- 2) Perseverar y profundizar en su misión de proteger y garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas, de la mano con la evolución de la jurisprudencia constitucional, de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, de la jurisprudencia y la doctrina de las cortes y los organismos internacionales, y de figuras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, y los mecanismos de participación ciudadana.
- 3) Ampliar y perfeccionar su labor de unificación de la jurisprudencia administrativa, no solo en cuanto a la cantidad de fallos de esta clase que dicte, sino también en cuanto a su calidad y claridad, y con respecto a los campos o temáticas que aborden, que bien podrían cubrir la mayoría de los asuntos que constituyen la competencia de las cinco (5) secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso

Administrativo. Con esto se lograría avanzar enormemente en la aplicación del principio de igualdad de las personas frente a la ley, en la seguridad jurídica, en la utilización del precedente y en la predictibilidad de los fallos judiciales. Adicionalmente, esto permitiría incrementar la utilización y la eficacia del mecanismo de extensión de jurisprudencia (arts. 10, 102 y 269 CPACA) y, en general, incentivar la solución extrajudicial de los conflictos jurídicos entre los particulares y la administración, y entre las mismas entidades públicas.

- 4) Tanto en el ejercicio de la función jurisdiccional como en el de la consultiva, se requiere masificar, implementar y utilizar efectivamente las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), con el fin de hacer más eficiente, económico y ágil el desarrollo de los procesos, las consultas, los conflictos de competencias administrativas y, en general, los asuntos sometidos al conocimiento del Consejo de Estado y toda la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Existe la necesidad de que el Consejo de Estado, con el apoyo del órgano de la administración de la rama, modernice sus sistemas, implemente el expediente electrónico, realice audiencias virtuales y en fin adelante juicios en línea.
- 5) Al mismo tiempo, el Consejo de Estado debe consolidar en la jurisprudencia las nuevas formas de actuación de la Administración, específicamente, en relación con el control del ejercicio de la función pública ejercida a través de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Asuntos como la expedición de actos administrativos sin soporte tradicional (en papel), la realización de notificaciones mediante mensajes de datos, la interposición de recursos por internet o por correo electrónico, entre otras situaciones que pueden darse y que se presentarán en el futuro con más intensidad, constituyen un reto para el Consejo de Estado, especialmente en su función contenciosa, para no frenar ni desestimular la utilización de las herramientas tecnológicas por parte de la administración pública y los ciudadanos, pero, al mismo tiempo, proteger y garantizar los derechos de las personas, defender la legalidad y propender por la seguridad jurídica.
- 6) Mediante la jurisprudencia y la doctrina, el Consejo de Estado debe continuar liderando y profundizando el desarrollo del derecho

administrativo en nuestro país, bajo las nuevas orientaciones filosófico-políticas planteadas por la Constitución Política de 1991, tales como la constitucionalización del derecho, incluyendo, obviamente, el administrativo; la globalización y la internacionalización del derecho, especialmente en el campo de los derechos humanos y el derecho económico; la participación del Estado en la economía, en campos y mediante instrumentos reservados anteriormente a los particulares; la desregulación y la privatización de ciertas actividades y servicios públicos; la descentralización por colaboración, para el cumplimiento de funciones públicas por parte de los particulares; el cumplimiento excepcional de funciones judiciales por parte de las autoridades administrativas, la mayor integración económica del país y la injerencia del ordenamiento jurídico supranacional, cada vez en más campos.

- 7) Igualmente, le corresponderá resolver la creciente tensión que se da, en el ejercicio de la función administrativa, entre los principios de transparencia y publicidad, que obligan a las entidades públicas a compartir sus archivos y bases de datos, a publicar mayores volúmenes de información en sus páginas de internet y a suministrar la información y los documentos que le soliciten los ciudadanos y organizaciones sociales, por una parte, y los derechos de los individuos a su intimidad, a su libertad y a su libre determinación informática (habeas data), lo cual obliga al Estado a no divulgar y proteger efectivamente sus datos personales.
- 8) En cuanto se refiere específicamente a la función consultiva y, en general, a las competencias asignadas por el nuevo código a la Sala de Consulta y Servicio Civil, constituye un reto el desarrollo de aquellas funciones nuevas que, hasta el momento, no han sido ejercidas o lo han sido solo en forma ocasional o esporádica, y que están llamadas a constituir valiosos instrumentos de justicia administrativa preventiva, tales como la de proponer soluciones a los conflictos jurídicos que se presenten entre entidades públicas, y el estudio, revisión y preparación de los textos normativos, proyectos de ley, reglamentos o compilación de normas, lo que representará una mayor seguridad jurídica, respeto de jerarquía de normas, claridad y comprensión. La doctrina de la Sala, debe constituir un marco de referencia para la prevención de la arbitrariedad de la administración y de posibles fenómenos de corrupción. También debería estudiarse la posibilidad

de consagrar normativamente el deber del Gobierno nacional de solicitar obligatoriamente concepto en ciertas materias y asuntos de relevancia e importancia e, incluso, en algunos de esos casos dotar de fuerza vinculante los dictámenes o respuestas que se emitan y permitir que otras autoridades diferentes al Gobierno nacional le consulten.

VI. Epílogo

El Consejo de Estado es una institución sólida, con una tradición como pocas en la historia de este país. Su logro más importante en estos 200 años, ha sido la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los abusos o excesos de poder, de modo que la actuación del Estado se desarrolle con sumisión al derecho.

En efecto, el recuento que se ha hecho sobre la historia y la evolución del Consejo de Estado, permite afirmar que durante su existencia ha ejercido vigorosamente una “justicia preventiva”, mediante la asesoría cualificada, independiente y oportuna al Gobierno y la creación de precedentes jurisprudenciales claros, reiterados y uniformes, así como una “justicia correctiva”, mediante la resolución de innumerables litigios en todos los campos y niveles de la administración.

Paradójicamente, el principal reto que tiene el Consejo de Estado en los años venideros es la defensa de sus funciones consultivas y jurisdiccionales, es decir, del sistema de control de la Administración. Empero, el legado de estos dos siglos de su evolución, como lo demuestran las sentencias y consultas que hacen parte de la presente obra, es su mayor fortaleza y defensa, y obligan a concluir que, antes de pensar en debilitar esta institución, construida con tantos esfuerzos y con la participación de varias generaciones de hombres y mujeres inteligentes, es menester fortalecerla para el bien del país.

Por lo pronto, la celebración de esta efeméride nos sirve de pretexto para rendir un homenaje con esta obra a la labor consagrada de nuestros predecesores que hicieron posible cada cambio institucional y, además, realizar una divulgación de la jurisprudencia y de los conceptos de esta Corporación con fines de pedagogía jurídica e institucional. La presente antología de sentencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado en ejercicio de sus funciones jurisdiccional y consultiva está animada de estos

propósitos. Su proceso de elaboración fue un verdadero trabajo en equipo, réplica del que la Corporación lleva realizando desde hace dos siglos, y cuyos aspectos más relevantes vale la pena resaltar así:

a) La Sala Contencioso Administrativa en cada una de sus secciones y la Sala de Consulta y Servicio Civil, liderada por un consejero designado para representarlas en el Comité Editorial, se dieron a la tarea de estudiar en la Comisión Bicentenario la metodología que utilizaría esta obra, el objetivo de la misma y la forma en que se armonizaría el trabajo de tan ambiciosa e inédita empresa.

b) En reuniones periódicas y con el apoyo permanente de las relatorías y demás funcionarios de las diferentes salas y secciones de la Corporación que colaboraron en la obra, fue posible seleccionar las sentencias y conceptos más importantes y representativos. En su edición fue necesario depurar por parte del Comité Editorial, con la ayuda de todos los colaboradores, las numerosas sentencias y consultas que fueron recopiladas, teniendo en cuenta estrictos criterios cronológicos y técnicos (periodo, novedad, originalidad, impacto, trascendencia, cambios importantes, etc.), de manera que se lograra, lo mejor posible, una muestra significativa del pensamiento del Consejo de Estado durante todas las épocas de su vida institucional.

c) El resultado es un tomo por cada sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y un volumen más de la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuyos contenidos están distribuidos de manera temática y cronológica, según el criterio y la organización que las salas decidieron y dispusieron. Adicionalmente, el compendio (que consta de siete volúmenes) se acompaña de una versión digital que permite acceder al contenido integral de todas las providencias y conceptos de la obra.

d) Cada uno de los tomos de la obra tiene dos índices: uno general de carácter temático y otro analítico, para hacer rápida y sencilla su consulta y comprensión al lector.

e) La organización temática se elaboró con la intención de que el lector pueda ver el avance en algunos de los temas seleccionados; sin embargo, es importante aclarar que no se trata de mostrar líneas jurisprudenciales o conceptuales en estricto sentido, lo cual escapa del objetivo de la obra, cual es mostrar la labor de la Corporación desde su creación.

f) También es pertinente señalar que no se incluyen en forma completa los textos de las sentencias y conceptos, sino extractos representativos de estos, lo cual no impide que pueda obtenerse su copia íntegra o hacerse su revisión total, según el caso, al tener la posibilidad el lector de acceder a la versión íntegra en el formato digital adjunto.

g) Cada extracto al comienzo está identificado con una frase (en mayúscula) que se refiere al tema general y una frase que anuncia la tesis de la sentencia o concepto cuyo extracto se publica; asimismo se indica la fecha de la sentencia o concepto y el número de radicado (incluyendo el interno entre paréntesis) del expediente o proceso del cual hace parte o el número de la gaceta en el caso de providencias y conceptos antiguos.

h) Como se podrá evidenciar, se hizo una transcripción literal de los textos de las sentencias y conceptos, esto es, sin alteraciones en su redacción, puntuación, usos ortográficos y estilos, con el fin de guardar absoluto respeto de la forma y el pensamiento original de los magistrados al tiempo de su adopción. Igualmente, los extractos fueron agrupados sin salvamentos ni pie de páginas, pues, hacerlo, implicaba una extensión considerable de la obra.

i) No se indica expresamente el nombre de los magistrados ponentes, bajo el pensamiento de que las sentencias y conceptos se adoptan en decisiones que son colectivas o corporativas. Fiel a este enunciado, al final del extracto se consignan los nombres de todos los magistrados y conjueces que intervinieron e hicieron parte de la respectiva sala de decisión en el orden y de la forma en que aparecen en la sentencia o concepto.

j) Por último, en páginas finales, y según uno de los objetivos trazados, se consideró de importancia incluir un listado con los nombres y el año de inicio del período de los Magistrados que en estos doscientos años de historia del Consejo de Estado han trabajado en la Corporación, contribuyendo con sus luces y ejemplo a darle el esplendor y prestigio de que goza en la vida institucional del país.

Cabe advertir que, pese a tener en cuenta criterios objetivos para erradicar la subjetividad inherente a toda selección, existe el riesgo de que se hayan omitido involuntariamente decisiones sobresalientes, que podrían haber sido parte de esta antología. Es decir, en el gran esfuerzo por sintetizar 200 años de trabajo de la Corporación, probablemente

varias decisiones importantes se han quedado por fuera de esta memoria inacabada, razón por la cual, de antemano, rogamos al lector excusarnos por tales omisiones, así como por los yerros y errores en los que se hubiese incurrido en el texto.

Finalmente, quiero expresar mi profundo agradecimiento a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, a los miembros del Comité Editorial de la obra y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos, a los relatores, a los funcionarios del CENDOJ, y a todos los servidores públicos de la Corporación que apoyaron y colaboraron para hacer realidad esta publicación.

Bogotá, D. C., 30 de octubre de 2017.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Coordinador de la Comisión del Bicentenario
Editor General de la Antología

PRESENTACIÓN

Mediante Decreto de fecha 30 de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, Simón Bolívar creó un Consejo Provisional de Estado que tendría a su cargo, además de la iniciativa de las leyes, reglamentos e instituciones que en su sabiduría juzgase necesarios para la salud de la República, la función de aconsejar al poder ejecutivo “antes de poner en ejecución las leyes, reglamentos e instituciones que el Gobierno decreta”.¹

Este Consejo Provisional de Estado, que nace en medio de la guerra de independencia y de una institucionalidad apenas precaria, constituye el origen remoto de la Corporación, que durante sus doscientos años de existencia ha cumplido una función trascendental en la defensa de la institucionalidad, del principio de legalidad, de los derechos y libertades públicas y del equilibrio de poderes.

En su origen, la función de este organismo fue precisamente la de dar consejo y absolver consultas a lo que entonces era el poder ejecutivo. Hoy de acuerdo con el artículo 237-3 C.P. El Consejo de Estado es el Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, función que ejerce a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En ejercicio de la función consultiva stricto sensu esta Sala emite conceptos jurídicos en materia de administración pública, de naturaleza reservada y no vinculante, con base en consultas formuladas por el Gobierno Nacional en diversos ámbitos: (i) Estructura, organización y funcionamiento del Estado; (ii) Asuntos electorales; (iii) Contratación estatal; (iv) Entidades territoriales; (v) Función pública y régimen prestacional y de seguridad social (salud y pensiones); (vi) Hacienda pública, bienes del Estado y tributos; (vii) Comunidades étnicas; (viii) educación; (ix) defensa y seguridad nacional;

¹ Discurso pronunciado por Simón Bolívar en Angostura el 10 de noviembre de 1817, al declarar solemnemente instalado al Consejo de Estado.

(x) y otros asuntos, cuyas respuestas se erigen en verdaderas orientaciones para la conducción de la acción pública.

Se dice en consecuencia que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la medida en que no actúa sobre la base de la potestas, está compelida a hacerlo con base en la auctoritas, pues "...es preferible que los conceptos se acepten más por el peso de la razón, que por la fuerza de la ley..." Esta función implica manejar una tensión especial: la Sala parte de su independencia -que se concreta y garantiza en su pertenencia a la Rama Judicial- y sobre esa base emite sus conceptos atendiendo los más exigentes criterios de constitucionalidad y de legalidad.

Se trata de una tensión creativa que garantiza al Gobierno que en cualquier caso los conceptos que recibe no obedecen a relaciones de dependencia o contradependencia, y que no se elaboran en contra o en favor del gobierno, sino únicamente teniendo en cuenta la Constitución y la ley, y por esa vía los intereses nacionales. Estas características permiten evocar la conocida frase de Bolívar referida al consejo que se da a los gobernantes: "No le profesa amistad verdadera y pura sino quien habla la verdad y le aconseja el bien."

Al mismo tiempo la Sala entiende que en ejercicio de la función consultiva su rol ha de ser útil, y en este sentido procura dar respuestas concretas que permitan al Gobierno tomar decisiones y acciones administrativas respecto de la materia sobre la cual consulta.

El Gobierno Nacional con frecuencia acoge como buena doctrina los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, levanta la reserva legal de seis (6) meses a que en principio están sujetos, y actúa de acuerdo con ellos. De todos modos, a los cuatro (4) años fenece la reserva legal e inexorablemente el concepto es de público conocimiento.

Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son, pues, usualmente útiles para resolver intrincados problemas de orden administrativo derivados de los desafíos hermenéuticos que plantea en ocasiones la aplicación de la norma positiva.

La Sala también resuelve conflictos de competencias entre autoridades administrativas del orden nacional y territorial, positivos o negativos, esto es, bien porque rehúsan conocer un asunto o petición que les somete un ciudadano a su consideración, o porque dos autoridades quieren resolverlo

y reclaman su conocimiento (artículo 39 CPACA), por ejemplo, en temas de niñez y familia, pensionales, ambientales, disciplinarios, entre otros.

En estos casos la Sala no emite conceptos sino decisiones que son obligatorias y contra las cuales no cabe recurso alguno. Se trata de un control previo de legalidad en relación con la competencia de los actos de la Administración.

La función consultiva se extiende también a la preparación y revisión de proyectos de normas y a la redacción de compilaciones normativas por solicitud del Gobierno o incluso por iniciativa propia, lo cual es esencial para la coherencia del ordenamiento jurídico, prevenir el contencioso, mejorar la calidad legislativa y reglamentaria, y garantizar la seguridad jurídica.

En el presente tomo de la Antología Jurisprudencial y Consultiva que publica el Consejo de Estado con motivo de su bicentenario, se recogen de manera específica los conceptos emitidos por la Corporación en ejercicio de su función consultiva, que nace con la creación misma del Consejo de Estado en 1817 y precede en casi cien años al nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Aun cuando del primer siglo de existencia del Consejo de Estado existen muy pocos archivos y los existentes corresponden a actas de difícil legibilidad, se han rescatado para esta publicación 8 conceptos de su primera etapa (1817-1837), entre los que se encuentran aquellos proferidos en 1831 sobre la imposibilidad de renuncia del Presidente y del Vicepresidente de la República por el deber de salvaguardar la institucionalidad y el orden público. Igualmente se han podido recuperar un concepto de la etapa que va entre 1887 y 1905 y más de cuarenta conceptos del periodo comprendido entre 1905-1990.

En cuanto a su organización, los conceptos que se recogen en esta publicación se han distribuido en siete grandes capítulos. El primer capítulo se refiere a la función consultiva y recoge aquellos conceptos en los que la Sala ha precisado el alcance de su actividad y los límites que la separan de la función jurisdiccional.

El segundo capítulo está dedicado a los asuntos constitucionales y recoge conceptos de la Sala sobre principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas, acciones constitucionales, protección de minorías étnicas, nacionalidad y ciudadanía, conflicto armado, poder

constituyente y poder de reforma, supranacionalidad e integración regional y constitución ecológica.

En el tercer capítulo se incluyen conceptos de la Sala sobre estructura, organización y funcionamiento del Estado, tipología y alcances de los decretos del Gobierno Nacional, las funciones de intervención y los servicios públicos, y los actos administrativos y los principios de la función administrativa

El cuarto capítulo está destinado a los conceptos relacionados con la rama legislativa, corporaciones públicas y funcionarios de elección popular, tipos de leyes y asuntos electorales en general.

El quinto capítulo de la obra contiene extractos sobre función pública, derecho laboral colectivo y régimen prestacional y de seguridad social, a través de los cuales se puede constatar una sólida doctrina en relación con la protección del empleo público, el régimen de carrera administrativa, el principio de mérito y los derechos sindicales y colectivos de los servidores públicos.

El sexto capítulo se refiere a la contratación estatal, sus principios, el desarrollo de la etapa precontractual, las modalidades de selección, la etapa contractual propiamente dicha y la finalización del contrato.

Finalmente, el capítulo séptimo está dedicado al régimen de hacienda pública, bienes del Estado, control fiscal, régimen presupuestal y facultad impositiva del Estado (impuestos, tasas y contribuciones).

En el discurso de instalación del Consejo de Estado en 1817, Simón Bolívar decía que “en todos los casos arduos, el dictamen del Consejo de Estado será oído y sus avisos tendrán la más grande influencia en las deliberaciones del jefe Supremo”, y advertía también que dicha función consultiva estaría sostenida de la primera de todas las fuerzas, “que es la opinión pública”.

Ambas afirmaciones han sido las constantes de la función consultiva de la Sala. Por una parte, los conceptos citados en la presente publicación reflejan cómo la Sala de Consulta y Servicio Civil es consultada en asuntos que tocan las más diversas áreas del derecho constitucional y administrativo y, sobre todo, en asuntos de gran relevancia institucional. De otra parte, el hecho de que los conceptos de la Sala no sean vinculantes, trae consigo el que su importancia esté dada por la fuerza de sus argumentos y por el

reconocimiento que estos tengan en el destinatario de la función, en la comunidad jurídica y en la sociedad.

Tal reconocimiento tiene íntima relación con el hecho de que la función consultiva del Consejo de Estado es ejercida desde la independencia y autonomía de la Rama Judicial, condición que permite que el concepto que se emite para el Gobierno Nacional esté revestido de objetividad e imparcialidad. En este sentido, desde el punto de vista de la arquitectura institucional del Estado Colombiano, la función de atender las consultas del Gobierno Nacional, forma parte de los diversos mecanismos constitucionales de defensa de la Constitución, del principio de legalidad y de los derechos fundamentales de las personas, de ahí su gran valor y aporte al Estado Social y Democrático de Derecho.

Queremos agradecer especialmente al grupo de colaboradores de la Sala que realizó la selección y la organización por temas de las consultas vertidas en este tomo: Óscar Vargas Rozo, Catalina Uprimny Salazar, María Angélica Pulido, Jessica Alejandra Mancipe González, Laura Hernández Valderrama, Sergio Chacón Sánchez, Silvia Navia Rebollo, Omar Barreto Suárez y Luisa Fernanda Pascuaza.

La Sala espera que el tomo de la Antología Jurisprudencial y Consultiva que tiene en sus manos le sea de utilidad, y le permita acercarse a esta esencial función del Consejo de Estado, Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración, según las voces del artículo 237 de la Constitución Política.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

FUNCIÓN CONSULTIVA

FUNCIÓN CONSULTIVA
RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

No corresponde al Consejo de Estado su aceptación

13 de abril de 1831

Gaceta: 512

«El Consejo de Estado que tengo, la honra de presidir, tomo en consideración i meditó detenidamente el mensaje que VE ha tenido a bien dirigirle en este día haciendo renuncia del ejercicio del poder ejecutivo de que está encargado. Igualmente consideró la nota de VE de la misma fecha, dirigida i entregada a mi cuando ya estaba el consejo reunido i deliberando, en la cual VE declara haber cesado de hecho, i de cuantos modos pueda hacerse valer esta cesación, en el ejercicio de las funciones del espresado poder. Pensadas bien las razones que se manifestaron en pro i en contra, el consejo encuentra que no está en sus facultades admitir la renuncia del encargado del poder ejecutivo, porque es ella, una atribución propia i esclusiva del congreso, según el artículo 65 ° 4 ° de la constitución, i que por consiguiente abstiene de resolver sobre el particular, viendo que la resolución del congreso constituyente de 10 de mayo último, únicamente faculta al Consejo de Estado para nombrar provisionalmente quien ejerza el poder ejecutivo y cuando falte el encargado de él. También ha opinado este cuerpo que por la determinación que VE manifiesta en su última nota de que he hablado, no puede considerarse vacante el destino que ejerce, porque para ello, es preciso que el sucesor este en posesión, después que la autoridad competente haya admitido la renuncia del que cesa, i en tal virtud, VE no puede cesar por el hecho de que no existe esa autoridad que oiga i resuelva sobre la renuncia. Finalmente, como el consejo cré de la mayor importancia para el bien público, que VE siga a la cabeza de este cuerpo social, a quien amenazan tantas calamidades, i que tendrán que sufrirlas mayores siempre que VE se separese, no duda que se preste a este nuevo i relevante servicio, que si no remedia absolutamente el mal, puede a lo menos mitigarlo algún tanto, por medio del uso de aquellas medidas conciliatorias i suaves, que VE mismo

implicó en otra ocasión, i que fueron de la aprobación del consejo. Tenga VE. la bondad de acoger esta determinación del consejo, como la muestra de su deseo vehemente de procurar el bien público, i aceptar las consideraciones de profundo respeto con que soi de VE.

(...)

Cuando el señor presidente juzgó sufrientemente discutido el punto, puso a votación la proposición ultima, (a cuyo acto no concurrió El M. R. arzobispo de Bogotá doctor Fernando Caicedo por haberse retirado), a saber así se conceptúa vacante la plaza del poder ejecutivo i resulto negada contra el voto de los señores García del Rio i Pei, que estuvieron por la afirmativa. Luego se propuso también a votación la primera parte de la proposición anterior, a saber: “si el consejo tiene la facultad de admitir la renuncia del jefe del ejecutivo” i fue negada. Finalmente se votó también la última parte de ella, reducida a “si el señor jeneral Urdaneta debe continuar ejerciendo las funciones del poder ejecutivo, la cual fue aprobada contra el voto del señor García del Rio, que estuvo por la negativa. Concluido así el asunto para que se reunió el consejo, el señor presidente levanto la sesión.»...

Estanistao Vergara.

FACULTADES DEL CONSEJO DE ESTADO

Regulación de resguardos indígenas. Imposibilidad del Consejo de Estado para impedir modificaciones legislativas

16 de septiembre de 1916

...«Los miembros de los Cabildos de Túquerres y de otras poblaciones del sur de la República, han dirigido un memorial solicitando que el Consejo de Estado dicte una disposición preventiva, encaminada a impedir que el Congreso derogue la Ley 89 de 1890 y los Decretos número 74 de 1898 y número 127 de 1911, por cuanto las disposiciones que contienen favorecen sus intereses, razón por la cual solicitan también, que se derogue (así dice el memorial) todo proyecto de ley de división que pueda serles perjudicial. Los términos de la solicitud son muy oscuros, pero se comprende bien que el deseo que los anima, es el de que no se expida ley alguna que les conceda libertad para enajenar sus resguardos, por el temor que les asiste de que, al venderlos, quedarían expuestos a la mendicidad.

La Ley 89 de 1890 a que se refieren, a pesar de los defectos de que parece adolecer, reglamenta la organización de los Cabildos de indígenas, señala las funciones de sus protectores, establece los resguardos señalando el modo como debe efectuarse la división de los terrenos que los forman y, las formalidades que se requieren para su enajenación. Asimila a los indígenas a menores de edad para el manejo de sus porciones en los mismos resguardos, disponiendo que puedan venderlos, pero con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veinte y un años, de manera que hasta cierto punto está prevenido el mal que temen los peticionarios. La solicitud que hacen de que el Consejo intervenga para que no se presente al Congreso proyecto alguno que tienda a modificar lo existente en orden a resguardos, no puede ser atendida, porque entre las atribuciones señaladas en el Acto reformativo de la Constitución, de 10 de septiembre de 1914, y la Ley 60 del mismo año, orgánica del Consejo de Estado, no se encuentra ninguna que lo autorice para atenderla; pero como

es indudable que peticiones de esta clase deben ser atendidas con particular interés por las entidades oficiales, en atención a que los peticionarios pertenecen a una raza infortunada que fue dueña de todo el territorio de Colombia, considero que el mencionado memorial debe ser transcrito a las honorables Cámaras para que si lo consideran conveniente, lo tengan en cuenta o no, caso de que se legisle sobre la materia. Termino proponiendo: «Dígase a los peticionarios, en contestación a su anterior memorial, que para el Consejo de Estado sería motivo de satisfacción muy viva el poder atender su solicitud, pero que no tiene atribución legal para hacerlo» »...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lácides Segovia

FUNCIÓN CONSULTIVA PARA INTERPRETACION DE LA LEY

Trámite policivo sumario solo procede cuando el ocupante invoca el carácter de arrendatario

9 de julio de 1958

Radicación: 897-CE-SNG-1958-07-09

...«Expresa el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 que cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador el Jefe de Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin lugar a recurso alguno ni diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca. Esta acción sumaria consagrada en la disposición transcrita tiene que circunscribirse a lo que la letra de la ley expresa, ya que de acuerdo con principio de hermenéutica consagrado en nuestra legislación positiva (artículo 27 del C. C.), cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. No podía el legislador consagrar este procedimiento para aquellos casos en que se debaten cuestiones relacionadas con la perturbación de la posesión entre particulares, por cuanto para ello están los procedimientos más amplios estatuidos, bien en el Código de Policía, para las querellas sobre Statu-quo, o bien para las acciones posesorias especiales de que se nos habla en el Código Civil en concordancia con los trámites establecidos en el Código de Procedimiento de la misma materia. Por estas razones, no entiende este Despacho cómo los litigantes han venido haciendo uso de esta disposición de la Ley 57 que tiene un radio de acción estrictamente limitado a aquellos casos en que alguien diciéndose arrendatario ocupe de hecho un predio ajeno. Esta limitación nos la está señalando en forma concreta y expresa la disposición transcrita al armar de ese procedimiento sumario al propietario que se ha visto desalojado de su predio por un tercero que

invoca su calidad de arrendatario, y no en otros casos diferentes. Tan es ello así que la misma disposición solo acepta como prueba para no decretar el lanzamiento, el que los ocupantes exhiban el contrato de arrendamiento para acreditar la calidad que dicen invocar. Esta y no otra la interpretación exacta, pues que de no ser así, se le daría a los litigantes una arma de despojo con la cual se evitarían para el logro de sus aspiraciones, los procedimientos más amplios y que más garantías ofrecen a los particulares, para evitar los actos perturbatorios de la posesión a que nos referimos al principio de esta providencia. Tenemos así que la pauta para interpretar fielmente las disposiciones del Decreto número 992 de 1930 nos la da la misma disposición reglamentada, puesto que aquel no puede rebasar los límites mismos de la ley que trata de desarrollar. Una interpretación diferente expondría a quienes por una u otra razón están poseyendo un predio, a ser desalojados, casi que podríamos decir sin fórmula de juicio, por quienes a falta de otras acciones, creen encontrar en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, la varita de Moisés, fuente de todo recurso, manantial inagotable o pozo de felicidad para lograr enderezar sus fallidas aspiraciones. El derecho y las acciones que para ejercitarlo consagran, son medios de tranquilidad y seguridad de toda sociedad organizada y no vehículo para conculcar precisamente lo que se requiere defender y asegurar. (...) Con fundamento en todo lo anterior, consulto: «a) ¿La citada doctrina de algunas Gobernaciones debe considerarse ajustada a la recta interpretación del artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y del Decreto número 992 de 1930; y «b) En caso contrario, ¿cuál debe ser la jurídica interpretación de tales normas?».

(...)

La Ley 57 de 1905 en su artículo 15 estatuye que: «Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el Jefe de Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca». En ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República dictó el Decreto 992 de 1930, por medio del cual se reglamenta el artículo 15 antes transcrito. El artículo del mencionado Decreto, a la letra dice: «Toda persona a quien se le hubiere privado de hecho de la tenencia material de una finca, sin que haya mediado su consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad competente,

podrá pedir por sí o por medio de apoderado debidamente constituido al respectivo Alcalde Municipal la protección consagrada en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905». (...) El texto del artículo 15 cuyo alcance se consulta, es suficientemente claro y de su lectura se desprende que se trata de un procedimiento sumario para casos que pudieran llamarse de policía, donde el ocupante de hecho, que carece de título alguno, alega o pretende tener la calidad de arrendatario o contar con el consentimiento del arrendador.

En efecto, al hablar la ley (que en todo su articulado hace referencia a las acciones que el arrendador tiene contra el arrendatario), de una ocupación de hecho «sin que medie contrato de arrendamiento ni el consentimiento del arrendador» y más adelante cuando se refiere al único medio de oposición y emplea la frase «si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento», se está refiriendo a una modalidad especial de ocupación y solo cuando ella se presenta hay lugar a seguir el breve procedimiento de que trata la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario (992 de 1930)»...

FUNCIÓN CONSULTIVA

Alcance. Incompetencia del Congreso de la República para formular consultas

8 de noviembre de 1965

Radicación: 42-CE-SC-1965-11-08

...« Al fijar la Constitución las atribuciones del Consejo de Estado señala como la primera la de «actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquéllos que la Constitución y las leyes determinen». Además el Código Contencioso Administrativo dispone (artículo 24) que: «Las funciones consultivas del Consejo de Estado se ejercen, a solicitud del Gobierno».

Por lo expuesto, manifiéstesele, con el mayor respeto, al señor Presidente de la Comisión Primera del Senado, que la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado, carece de competencia para resolver la consulta que ha tenido a bien hacerle...».

José Urbano Múnera

FUNCIÓN CONSULTIVA

Naturaleza

17 de septiembre de 1973

Radicación: CE-SC-RAD1973-N803 (803)

...« El ordinal 1º del Artículo precisa la función consultiva, cuando establece que al Consejo de Estado corresponde «Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración». Luego agrega que el Consejo debe ser oído previamente en los casos que dicen la Constitución y las leyes. Con claridad anota la disposición las situaciones de los Artículos 28 (retención de personas), 121 (declaración de estado de sitio), 122 (declaración de estado de emergencia económica y social), 212 (apertura de créditos extraordinarios y suplementales), y hay que adicionar el caso del ordinal 10 del Artículo 120 (permiso del Presidente de la República para el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, en receso del Senado).

La función consultiva del Consejo de Estado, fijada en la Constitución, tiene sus características. La respuesta es del Consejo en pleno. Ocurre en los casos expresamente dichos. Es facultad exclusiva para el Gobierno. El dictamen es previo a la actuación gubernamental. Es imperativo para el Gobierno pedir el criterio, aunque no acogerlo, salvo el caso de obligatoriedad previsto en el Artículo 212. Es decir que la labor del Consejo es de naturaleza asesora. La materia de la consulta debe versar sobre «asuntos de administración». Son previsiones del constituyente en busca de acierto, de prudente y adecuada regulación en el ejercicio de las facultades, para afrontar extraordinarias situaciones, con miras al imperio del orden público en sus varias acepciones, éste uno de los fines primordiales de la razón de ser del Estado.

En el aspecto legal está más especificada la función consultiva del Consejo de Estado. Precisamente, el artículo 4°. numeral 2° de la letra b), de la Ley 50 de 1967, dice que la Sala de Consulta y de Servicio Civil «Absolverá las consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le someta el Gobierno» Tiene, por ende, también esta clase de consulta sus perfiles propios. Es formulada a la Sala. Está al arbitrio del Gobierno hacerla. Debe tener naturaleza jurídica. El planteamiento ha de ser abstracto, de aspecto general, y no de situación concreta o particularizada. El asunto consultado debe ser de orden administrativo. La Sala cumple misión de asesoría, de orientación, de técnica colaboración para el desarrollo de diversas situaciones de la administración nacional, consideradas de las del giro ordinario, común y corriente, deducidas de la continua prestación de los servicios públicos que estén normativamente señalados,

La Constitución en el Artículo 57 define «Gobierno» integrado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos. Por su parte, el Artículo 10. del Decreto Ley No. 1050 de 1968 expresa que la Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional, comprende la Presidencia de la República, Ministerios y Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, y en el inciso 2o. del artículo consigna: «La Presidencia de la República y los Ministros y Departamentos Administrativos son los organismos principales de la Administración; los demás les están adscritos y cumplen sus funciones en los términos que señale la Ley, bajo la orientación y control de aquéllos.

De los textos enunciados se infiere, sin lugar a duda, que cuando la Constitución y la Ley hacen mención de «asuntos de la administración», o «de orden administrativo», para calificar la naturaleza de las consultas que absolverá el Consejo de Estado, por conducto de su Sala de Consulta y de Servicio Civil, mediante la reglamentación legal establecida, hace comprensión exclusiva de las emanadas del Gobierno Nacional, de los órganos principales de la administración nacional, entendidos en el alcance técnico y restringido que dan las mismas normas, y sobre cuestiones que surgen del contenido y ejercicio de sus propias atribuciones

(..)

«El origen histórico del Consejo de Estado como entidad consultiva y la aplicación continuada de esa asesoría, confirman el criterio de la Sala en el sentido de que las consultas que se le sometan sólo pueden tener origen

gubernamental, deben referirse exclusivamente a cuestiones de naturaleza administrativa y de carácter jurídico. Esto es, que la Sala es una entidad asesora del Gobierno; que este puede consultarla directamente en lo atinente al ejercicio de sus funciones, pero dentro de la órbita de su competencia. Con lo cual se afirma que las consultas, según a la definición que de «Gobierno» da el Artículo 57 de la Constitución, solo pueden presentarlas el Presidente de la República, los Ministros y los Jefes de los Departamentos Administrativos, en relación con los asuntos que la Ley les atribuye o que el Presidente les haya delegado o repartido»...».

*Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas,
Luis Carlos Sáchica, Mario Latorre Rueda*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Alcance. No incluye pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y los decretos con fuerza de ley

18 de mayo de 1976

Radicación: 18-CE-SC-EXP1976-N1082 (1082)

...« De una parte, envuelve esa Consulta, escuetamente considerada, un pronunciamiento sobre una cuestión concreta —en este caso una ley— género de pronunciamientos que le está vedado a la Sala por la ley.

De otra parte, reforzando lo anterior y avanzando al fondo de la consulta, se inquiera en ella, para que la Sala se pronuncie, si una ley está de acuerdo, primero, con la Constitución y, segundo, con otra ley orgánica. Si la Sala se pronunciara, para resumir, sobre la constitucionalidad de las leyes y su vigencia, asumiría funciones que no le corresponden, que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, le están expresamente atribuidas a otra entidad, con procedimientos igualmente regulados para que se llegue a decisión y se resuelva el conflicto.

En efecto, dispone la Constitución en su artículo 214 que a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, y que a ella le corresponde decidir sobre la exequibilidad de todas las leyes y de los Decretos dictados por el Gobierno en virtud de los artículos 76, ordinales 11, 12, y 80 de la misma Constitución....».

*Jaime Betancur Cuartas, Mario Rodríguez Monsalve,
Luis Carlos SÁCHICA, Mario Latorre Rueda.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Competencia circunscrita al orden administrativo

29 de octubre de 1987

Radicación: 18-CE-SC-EXP1987-N161 (161)

...« Significa lo anterior que la órbita de competencia del Consejo de Estado en materia consultiva está circunscrita al orden administrativo, careciendo de facultad para pronunciarse respecto de asuntos legislativos o judiciales, los cuales son de la exclusiva incumbencia del Congreso y de la Rama Jurisdiccional.

La consulta de la referencia versa sobre una materia que no es administrativa.

Se trata de un asunto correspondiente al trámite de formación de las leyes y que, por tanto, debe ser resuelto por las Cámaras Legislativas según su criterio de interpretación de la ley y respectivo Reglamento que rige para aquellas corporaciones.

En consecuencia, la Sala se declara inhibida, por falta de competencia, para responder la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno y relacionada con la Comisión a la cual debe someterse el proyecto de ley sobre reforma urbana....».

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No opera para examinar forzosamente un proyecto de reglamento

31 de enero de 1991

Radicación: 18-CE-SC-EXP1991-N131 (131)

...« La competencia de la Sala. - Para el Consejo de Estado la función consultiva surge de la Constitución Política, cuyo artículo 141 le atribuye la competencia para actuar como “cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración”, debiendo ser obligatoriamente oído en todos aquellos “que la Constitución y las leyes determinen”.

La competencia de la Sala de Consulta de la Corporación, para examinar previamente el proyecto de Reglamento que el Gobierno ha anunciado que presentará a la consideración de la Asamblea Constitucional, ciertamente no emana de la Constitución ni de la ley. Por el contrario, surge de un Acuerdo Político que el Gobierno incorporó en los considerandos del Decreto 1926 de 1990, mientras en la parte resolutive - que es la que tiene verdadera fuerza vinculante en el campo del derecho - se prescinde de asignar competencia alguna a la Sala en materia consultiva o revisora.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 9 de octubre de 1990, en la cual procedió a la revisión constitucional del aludido Decreto 1926, declaró inexecutable del artículo 2º de su parte resolutive la frase que prescribía que la Asamblea Constitucional “actuará regulada por lo establecido en el acuerdo político incorporado al Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990”, así como el siguiente texto: “Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo”...»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Convenio internacional

29 de abril de 1991

Radicación: 137-CE-SC-EXP1991-N560(560)

...« La Sala considera que no tiene competencia para revisar el «convenio de programa», por los siguientes motivos:

El «convenio de programa» celebrado entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos de América es de carácter internacional y tiene por objeto hacer efectiva una donación de los Estados Unidos a Colombia. En consecuencia, no se trata de un contrato de la Nación, sometido al derecho interno, que la Sala deba revisar, para verificar su legalidad, conforme a los artículos 253, 254, 255, 256, 257 y 258 del Decreto Ley 01 de 1.984.

Lo expuesto significa que la Sala debe abstenerse de revisar el «convenio de programa» por falta de competencia y disponer que se devuelva el expediente a la oficina de origen....».

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Inhibición cuando hay procesos judiciales en curso

12 de noviembre de 1992

Radicación: CE-SC-EXP1997-N480 (480)

...«La Constitución Política, siguiendo en esta materia la tradición jurídica del país, establece entre las atribuciones del Consejo de Estado, la de «actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen». (Art. 237 3).

En desarrollo de la norma constitucional, el Código Contencioso Administrativo (decreto ley 01 de 1984, artículo 98 2) prescribe que corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el Gobierno a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

En cuanto a la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, es pertinente observar que ella se refiere a la aplicación de régimen del impuesto sobre las ventas a los servicios en el período comprendido entre el 30 de junio y el 31 de diciembre de 1992; que dicho periodo, o sea el segundo semestre de 1992, ha transcurrido en su mayor parte y el Ministerio viene aplicando a los contribuyentes del IVA unas determinadas tarifas; y que existe una decisión judicial de esta Corporación en la cual, por intermedio de la Sección Cuarta, se suspende la aplicación del nuevo régimen del IVA previsto en el decreto 1107 de 1992, hasta el 1o. de enero de 1993, lo que significa que la cuestión debatida se encuentra subjudice hasta que se profiera la respectiva sentencia de nulidad...».

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Límites

12 de octubre de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N541 (541)

...« Para dilucidar tal problema se impone previamente determinar si los decretos anteriormente citados se hallan de acuerdo o no con el régimen previsto en la ley 4a. de 1992, «mediante la cual se señalan las normas, objetivo y criterios que debe observar el Congreso Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

Tal definición equivaldría a resolver sobre la legalidad, e indirectamente sobre la constitucionalidad de los mencionados decretos, lo que sólo puede efectuarse mediante un acto de carácter jurisdiccional.

Lo anterior conduce a concluir que la Sala no pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta...»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Improcedencia para fijar alcance de laudo arbitral

7 de diciembre de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1996-N559(559)

...« Definir acerca de la vigencia de una cláusula contenida en un laudo arbitral, respecto de la cual depende el reconocimiento de un incremento salarial reclamado por los trabajadores, es asunto que en el presente caso excede la materia administrativa, susceptible de ser consultada a esta Sala por el Gobierno y la excede por cuanto la interpretación del laudo es conexas con problemas laborales globales, que de no ser resueltos por acuerdo entre las partes, exigirían no solamente la evaluación completa de las denuncias de convenciones respecto de las cuales es menester cumplir íntegramente con los requisitos que prescribe el Código Sustantivo de Trabajo (Art. 479), sino también la sujeción a las formalidades propias del debido proceso, prescrito por la Constitución para actuaciones de esta naturaleza (Art. 29). Lo cual significa que, dado su carácter general, el asunto planteado debe ser resuelto por la competente autoridad judicial. ...»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Restricción en cuanto al consultante. Amplitud en la materia

24 de junio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N816 (816)

...« El artículo 237 de la Carta Política atribuye al Consejo de Estado la función de “3. Actuar como supremo cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen”.

El Consejo se divide en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignan la Constitución y la ley. La Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la administración de justicia) señala las funciones de cada una de las salas y asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil, entre otras, la función de “absolver las consultas jurídicas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional” (art. 38 num. 1).

La Corte Constitucional al revisar la mencionada ley estatutaria, expresó:

“Dentro de este orden de ideas, encuentra la Corte que el numeral 1° del artículo bajo análisis establece la posibilidad de que la citada sala absuelva las consultas jurídicas de carácter constitucional o administrativo que le formule el gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Se trata de una facultad que, en principio concuerda con el artículo constitucional citado. Sin embargo, debe anotarse que el señalar que dichas consultas serán únicamente de carácter constitucional o administrativo, se torna en una limitación inconstitucional, no prevista en el artículo 237 - 3 superior, la cual impide que se solicite el concepto de esa Corporación sobre otro tipo de materias -por ejemplo, penal, civil, laboral, agrario o ambiental- en aquellos casos en que se requiera a propósito de los asuntos de la administración, se declarará, entonces, la inexequibilidad de la expresión “de carácter constitucional y administrativo” (Sentencia C - 037 / 96).

De las normas y jurisprudencia citadas se deduce claramente que el alcance de la función consultiva del Consejo de Estado es amplio en cuanto a las materias constitucional, administrativa, laboral, penal, etcétera, pero restringido en cuanto al consultante y a la finalidad de la consulta. En efecto, sólo puede consultar el Gobierno Nacional, formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos, conforme dispone el inciso segundo del artículo 115 de la Constitución y para casos en que lo requiera a propósito de los asuntos de la administración.

El asunto consultado por el gobierno, a través del señor Ministro del Interior, interesa a la administración porque se trata de la destinación final que ha de darse a dineros con que el Estado contribuye a la financiación de una campaña electoral....»

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No puede inteferir en asuntos judiciales

17 de octubre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N895 (895)

...« Como puede apreciarse, la consulta se refiere a cuestiones judiciales sobre las cuales ya ha habido pronunciamientos del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Chocó (Sala Civil Laboral) a través de sentencias o se espera que estas se pronuncien.

Para la Sala resulta claro que la absolución de las consultas formuladas por el Gobierno Nacional, no puede interferir pronunciamientos judiciales; de lo contrario estarían excediendo los límites de la competencia que le fijan la Constitución y las leyes...»

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No se extiende a determinar la constitucionalidad de las leyes

7 de noviembre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N918 (918)

...« En efecto, un examen a fondo de la cuestión en esta materia significa el cotejo de la ley frente a la Carta Política. Tendría que estudiarse entonces la Ley 106 de 1993 para establecer si con su expedición se cumplió con el mandato constitucional que restringe el trámite de determinadas leyes conforme a la respectiva materia exclusivamente a la iniciativa del Gobierno (en este caso las previstas en el artículo 150.7); además demandaría examinar la naturaleza de la entidad creada por esta ley a fin de determinar el régimen jurídico aplicable donde se incluya si puede el organismo creado (Fondo de Bienestar) estar adscrito a órgano distinto de la administración central; la cuestión de a quien corresponde designar el representante legal, en fin, todos los aspectos previos para definir, una vez establecida la naturaleza jurídica y las características de la entidad, la competencia para el ejercicio del control fiscal sobre el citado fondo.

Tales planteamientos comprenden cuestiones de naturaleza constitucional que están previstas en la misma Carta como competencia de la Corte Constitucional (artículo 241) en concordancia con su desarrollo en la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270 de 1996), artículo 43 y ss.)...»

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio, Roberto Suárez Franco.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Competencia en materias de servicio civil

18 de marzo de 1997

Radicación: CE.SC-RAD2001-N961 (961)

...« Es atribución de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuar sobre las cuestiones relativas al servicio civil en los casos previstos por la ley (num. 3o. del art. 98 del C.C.A).

La ley asigna a la Sala la función de rendir concepto sobre los proyectos de ley o de decreto en materia de servicio civil (art. 9o. de la ley 19 de 1958)...»

*María Elena Giraldo Gómez, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

*Del Consejo de Estado en pleno y de la Sala de Consulta y Servicio Civil.
Diferencia con la función judicial*

8 de abril de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999-N1178 (1178)

...« De las normas transcritas se infiere que la función consultiva puede ser realizada de dos formas, así: la que corresponde al Consejo en su totalidad, es decir, a la Corporación en pleno y la que compete directamente a esta Sala. La primera se ejerce en el caso previsto en el numeral 3o. del artículo 237, atrás citado, en armonía con el numeral 7o. del artículo 189 de la Carta, esto es, en el evento en que durante el receso del Senado corresponda al Presidente de la República como Jefe de Estado, permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional o de buques o aeronaves extranjeras de guerra en aguas o en el espacio aéreo de la Nación. La segunda hace relación a las consultas facultativas del gobierno sobre temas jurídicos de carácter general o particular que se presentan en la actividad administrativa y que tienen por objeto lograr el mejor desempeño en el ejercicio de la administración pública.

Si bien es cierto que la administración pública cumple su cometido a través de actos, de hechos y de operaciones, sujetos todos al control jurisdiccional de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, también lo es que por disposición expresa de la Constitución Nacional (art. 116) y del Código Contencioso Administrativo (art.98 inciso. 1o.) esta Sala no ejerce funciones jurisdiccionales. (...) Dentro de este orden de ideas, la función consultiva de que es titular la Sala de Consulta y Servicio Civil se contrae a asesorar y orientar al Gobierno Nacional en aquellos aspectos jurídicos que le permitan un mejor ejercicio de sus funciones, lo cual excluye las consultas de carácter jurisdiccional y, obviamente, la interpretación de sentencias judiciales...»

*César Hoyos Salazar, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio, Augusto Trejos Jaramillo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

Cumplimiento de sentencia judicial

13 de septiembre de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1368 (1368)

...« Respecto del cumplimiento de fallos judiciales, la Sala en reiteradas oportunidades ha manifestado que aquéllos se explican por sí mismos, con fundamento en las circunstancias de hecho y de derecho expuestas en la parte considerativa. Entrar a analizar la vigencia de unas disposiciones, para concluir la obligatoriedad o no de su aplicación y en consecuencia el cumplimiento de una sentencia, escapa a la naturaleza de la función consultiva de la Sala y va en detrimento *del principio de seguridad jurídica...*»

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No opera para asuntos que involucren una decisión administrativa de carácter particular y concreto

24 de julio de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1505 (1505)

...« Analizados el texto de la consulta y los documentos con ella aportados, observa la Sala que la Registraduría no plantea un conflicto sobre interpretación de normas, sino, por el contrario, la toma de una decisión de carácter particular, habida cuenta de que como en ellos se afirma, la entidad después de efectuar los estudios técnicos, de necesidad, conveniencia y oportunidad de la contratación del proyecto, y previo el análisis jurídico de las normas sobre transparencia en los procesos contractuales, se encuentra evaluando la posibilidad de contratar directamente con el actual contratista, es decir, versa sobre la conveniencia y oportunidad de una decisión que es eminentemente administrativa y que en consecuencia escapa a la competencia de la Sala...»

*Susana Montes de Echeverri, Jorge Murqueitio Cabrera,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No comprende interpretación de fallos judiciales

12 de marzo de 2009

Radicación: 1100103-06-000-2009-0008-00(1940)

...« A esas características de la decisión judicial sobre la cual versa la consulta se debe agregar la consideración de que ella fue dictada en un proceso en el que las pretensiones de la acción popular que lo origina no han sido resueltas mediante sentencia definitiva.

Así las cosas, se recuerda que cuando la Sala es consultada acerca del cumplimiento de los fallos judiciales, el criterio invariable, sustentado en el artículo 38, numeral 1., de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en armonía con los artículos 116 y 237, numeral 3º, de la Constitución Política, y 98, inciso 1º, del Código Contencioso Administrativo, ha sido el de que las sentencias de los jueces se explican por sí mismas con fundamento en las circunstancias de hecho y de derecho consignadas en la parte motiva; que los alcances de un fallo escapan a la naturaleza de la función consultiva otorgada a la Sala, y que un concepto suyo atentaría contra el principio de la cosa juzgada en los casos de sentencias, y en los demás, esto es, cuando hay procesos en curso, contrariaría uno de los fines fundamentales del derecho, como es el de la seguridad jurídica. ...»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gustavo Eduardo Aponte Santos, William Zambrano Cetina.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

La materia de consulta no puede ser ajena a la función del consultante

26 de noviembre de 2009

Radicación: 11001-03-06-000-2009-0008-00 (1965)

...«La función consultiva del Consejo de Estado, radicada específicamente en la Sala de Consulta y Servicio Civil, se impulsa por el gobierno nacional; éste, conforme al artículo 115 de la Carta, está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo y en cada caso particular por el Presidente y el ministro o director de departamento administrativo correspondiente.

Ante esta Sala, según se desprende de los artículos 111 y 112 del C. C. A., el gobierno nacional actúa a través de los ministros y directores de departamento administrativo. A la vez, la norma constitucional circunscribe la materia de las consultas a los “asuntos de administración”, los cuales, de acuerdo con la disposición estatutaria que la desarrolla, pueden plantearse de manera general o particular.

La expresión “asuntos de administración”, delimita la competencia del órgano consultante, como quiera que en virtud del artículo 208 de la Constitución, los ministros y los directores de departamento administrativo “son los jefes de la administración en su respectiva dependencia”. Entonces, la interpretación armónica de las disposiciones constitucionales sobre las competencias de los consultantes y del órgano consultivo ciñe la expresión “asuntos de administración”, a los que corresponden a los despachos del respectivo ministro y director de departamento administrativo y al sector administrativo que les corresponde orientar ...»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gustavo Eduardo Aponte Santos, William Zambrano Cetina.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

*Imposibilidad por pronunciamiento definitivo
de la Procuraduría General de la Nación*

12 de octubre de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2011-0057-00 (2071)

...« Para la Sala de Consulta y Servicio Civil es claro que la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación de fecha 24 de agosto del presente año es definitiva, en tanto “insta”, es decir, urge al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH a reintegrar los dineros del margen de comercialización y a no apropiarlos en el futuro; decisión que culmina con esta frase: “Sin otro particular, quedamos atentos a que se nos presente el cronograma y las actividades que se ejecutarán con el objeto de dar cumplimiento a lo expresado por el Ministerio Público en esta comunicación.”

Esta decisión goza además de la presunción de legalidad de todos los actos administrativos y debe ser cumplida por las autoridades concernidas, por lo que la Sala de Consulta y Servicio Civil, independientemente de la posición jurídica que resultare del concepto solicitado, no puede pronunciarse sobre las preguntas formuladas, pues en la práctica estaría valorando la orden dada por la Procuraduría Delegada, asunto que sobrepasa su campo de acción...»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gustavo Eduardo Aponte Santos, William Zambrano Cetina.*

FUNCIÓN CONSULTIVA

No comprende el control de legalidad de los actos administrativos

10 de febrero de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00503-00 (2178)

...« De los antecedentes transcritos y las preguntas formuladas aparece claramente que con la consulta se pretende obtener un pronunciamiento de la Sala sobre la decisión de la Procuraduría General de la Nación contenida en la resolución 001 de 2013 que calificó la no posesión dentro del término legal sin justa causa del alcalde de Los Córdoba y la posterior revocatoria directa de ese acto administrativo mediante la resolución 004 de 2013, así como sobre las consecuencias jurídicas que se originaron con tal determinación.

La Sala estima que en el evento de rendir concepto sobre la situación jurídica planteada, y con independencia del sentido que pudiere asumir, entraría a analizar o evaluar la legalidad de la decisión adoptada por el ente de control en las citadas resoluciones, así como la de los actos administrativos emitidos con base en las mismas, e incluso llegaría a realizar valoraciones sobre una decisión judicial en sede de tutela, motivo por el cual se inhibirá de emitirlo...»

*Germán Alberto Bula Escobar, Augusto Hernández Becerra,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Concepto

17 de abril de 1996

Radicación: 271-CE-SC-EXP1996-N811(811)

...«La buena fe es un elemento de la vida de relación, pero no se incorpora al derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de unas precisiones técnicas necesarias. En el campo jurídico, el concepto de buena fe, aunque indeterminado en sus alcances, tiene un sustento real. No es creación del legislador, sino que este, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en los diversos sistemas jurídicos, no podemos desconocer que en cada ordenamiento jurídico concreto se le asignan matices, que, sin afectar su esencia, modifican su aplicabilidad, su alcance y sus efectos. Tal es lo que ocurre, entre nosotros, con el concepto de buena fe cuya concepción jurídica anterior, que era de raigambre legal, ha pasado a ser un ordenamiento de carácter constitucional.

La clasificación tradicional de la buena fe distingue: 1) buena fe objetiva: la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; 2) Buena fe subjetiva: la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. Dentro de esta categoría, y según las posturas asumidas, sobra hablar de que toda ocurrencia o ignorancia constituye buena fe, o de que sólo el error

excusable genera una situación de buena fe; es decir, que sólo tiene buena fe el sujeto que actúa diligentemente.

Por último, y en consonancia con el pensamiento del autor Diez Picazo, la buena fe tiene una triple función: 1) Como causa de exclusión de la culpabilidad en un caso formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma (parte el autor de la concepción que diferencia el ilícito objetivo y el subjetivo); 2) Como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Corresponde a lo que tradicionalmente se denomina fuente de integración del contrato aunque es necesario advertir que con acierto no limita la función de integración a la relación jurídica nacida del contrato, sino que la considera eficaz frente a cualquier relación jurídica. Resulta importante destacar también los límites que señala para el juego de esta función, los que resultan de la naturaleza de la relación y de la finalidad tenida en cuenta por las partes; 3) Como una causa de limitación en el ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

2. Alcances de su aplicación. El artículo 83 de la Constitución parte de un supuesto de carácter objetivo muy preciso: cuando en la vida nacional se cumplan actuaciones de los particulares o de las autoridades públicas todas estas personas deben ceñirse a “los postulados de la buena fe” con lo que se quiere significar que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones “cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesario para servir de base en ulteriores razonamientos”. Realmente son supuestos que se establecen para fundar una demostración.

Tal normatividad consagra, en primer término, un deber para toda persona: ceñirse a los postulados de la buena fe; es un imperativo categórico que se proyecta en dos maneras: por los particulares cuando actúan frente al Estado, o por este cuando en ejercicio de la función pública, desarrolla su propia actividad frente a los particulares.

En tal orden de ideas es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de

su actividad ejecute actos jurídicos lo haga motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.

La parte final del artículo 83 agrega que la buena fe “se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades”. Este ordenamiento de contenido objetivo consagra a través de la norma jurídica una presunción constitucional desvirtuable por prueba fehaciente en contrario; ello quiere decir que la antigua presunción de buena fe contenida en el artículo 769 del C.C. y cuya aplicación en diversos contextos jurídicos fue motivo de controversia, por mandato constitucional hoy en día tiene aplicación en toda la actividad jurídica que se cumpla en la Nación.

El C.C. en el Capítulo I del Título VII, libro 2, artículo 768 sobre la posesión define la buena fe como la “conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”. Este concepto entendido frente al derecho público equivale a que la buena fe es la conciencia de actuar como particular o como servidor público por medios legítimos, exentos de fraude o de todo otro vicio.

Para la Corte Suprema de Justicia la “buena fe” ha de considerarse como “una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree.” (Cas. 2 de abril / 41).

Se trata, entonces, de una presunción de carácter constitucional aplicable a toda la actividad jurídica, aunque con el carácter de simplemente “legal”, es decir, que en casos específicos los particulares o el Estado a través de sus agentes y en sus actividades propias puede actuar de mala fe contrariando el principio de la buena fe, lo cual puede ser demostrado ante la autoridad competente.

La Corte Constitucional, comentando los artículos 83 y 84 de la Carta Política, ha sostenido:

“De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe,

mientras que las excepciones al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley. De tal modo que el servidor público que formule exigencias adicionales a las que han sido legalmente establecidas, vulnera abiertamente la Constitución e incurre en abuso y extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.

“Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso” (C. Const. Sent. jul. 15 / 92, T. 460).

Ello significa que para la ejecución y concertación de actos entre particulares, pero concretamente en nuestro caso entre estos y el Estado, se establecen requisitos, condiciones, o formalidades tendientes a garantizar la efectividad de derechos y el cumplimiento de obligaciones derivados de la actuación estatal y particular. Pero estos condicionamientos establecidos sin un criterio racional pueden llegar a hacer nugatorio el ejercicio de los derechos de los particulares, lo cual de manera clara y precisa lo condena el constituyente, cuando en el artículo 84 de la Carta prescribe:

“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

Ello explica los fundamentos que tuvo el Gobierno al expedir el Decreto 2150 de 1995 sobre supresión y reforma de regulaciones y procedimientos innecesarios, existentes en la administración pública.

En este orden de ideas no puede ningún servidor público, motu proprio, y caprichosamente establecer requisitos o condicionamientos distintos de los previstos en la ley para el cabal desarrollo de las actividades de los particulares frente al Estado, menos cuando en la configuración de una relación sólo intervienen como partes el Estado y el particular con lo que se limitaría y entorpecerían los legítimos derechos de éstos.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Reparación económica a las víctimas del conflicto

24 de abril de 2012

Radicación: 11001-03-06-000-2011-00087-00(2082)

...«El artículo 1 de la Constitución Política, define la República de Colombia como un estado social de derecho “fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran” indicando que una de las bases de la sociedad que en la Constitución se organiza, es la solidaridad entre todos los asociados.

La Corte Constitucional ha indicado que en su condición de principio estructurador de la organización estatal, la solidaridad como principio, inspira y define muchos de los elementos constitutivos de nuestro estatuto superior. La solidaridad es el eje del principio de igualdad material consagrado en su artículo 13, y el fundamento de todo el régimen de derechos sociales y económicos, incluyendo los derechos de la familia, los niños, las personas de la tercera edad, y los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. Es también principio organizador del servicio de salud, del saneamiento ambiental, de las contribuciones especiales en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y en fin, da sustento constitucional a las formas solidarias de propiedad, promovidas desde la propia Constitución.

Corresponde al legislador crear las cargas u obligaciones que se deriven de la aplicación de este principio en las diferentes relaciones sociales, de manera que solo en las situaciones expresamente reguladas por la ley es posible entender la existencia de obligaciones derivadas de esta base constitucional.

En relación con el tema de la consulta, cual es el del contenido de la obligación del Estado de suministrar los recursos necesarios para que las víctimas de los conflictos violentos que desangran la sociedad Colombiana,

puedan obtener una reparación integral de su situación individual, en el contexto de la llamada justicia transicional, este principio de solidaridad le ha permitido al legislador crear a cargo del Estado, la obligación de soportar a las víctimas con los medios económicos y materiales a su alcance, para que sea efectiva la superación de su desafortunada situación. El objeto de este concepto será entonces el de analizar, en el caso concreto de las víctimas de los hechos de Mampuján, el alcance y contenido de esta obligación estatal.

Ahora bien, de algunos apartes de la consulta, parece desprenderse que se confunde esta obligación de ayuda y soporte consagrada por las diferentes leyes en relación con la justicia transicional, con las “obligaciones solidarias” reguladas por el Código Civil en el artículo 1568 que dice: “En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.” De la lectura de esta norma se desprende que nada tiene en común el principio de solidaridad que soporta la participación del Estado en la reparación integral de las víctimas de la violencia, con la solidaridad civil de las obligaciones, pues en esta última la causa de la obligación es idéntica para todos los obligados, mientras que en la primera, no existe esa causa común, pues el daño fue causado por los grupos armados de carácter criminal, y no por el Estado, quien sale en defensa de las víctimas como representante de la sociedad, que también ha sido víctima de estos grupos, como lo ha señalado la Corte Constitucional.»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

Protección constitucional de este derecho fundamental.

5 de noviembre de 1968

Radicación: 12-CE-SC-1968-11-05

...« (...) llega la Sala a las siguientes conclusiones:

a) Sobre los derechos humanos

El ordenamiento constitucional de la República tiene un preciso sentido de protección de los derechos fundamentales de la persona humana y de garantía de las libertades públicas que los protegen. El concepto de derechos individuales y de libertades públicas no es, sin embargo, absoluto, sino relativo al interés general, al bienestar y desarrollo de la comunidad y de cada uno de sus miembros dentro del concepto democrático de igualdad social. Al individuo corresponden deberes sociales que el Estado ha de hacer efectivos y la garantía del ejercicio de la libertad individual implica su reglamentación y limitación.

Si bien es cierto que de acuerdo con la Constitución los derechos y libertades individuales que consagra la Carta deben ejercerse en armonía con el interés social, que los condiciona y limita en su ejercicio, los principios en que se fundamenta nuestra organización política repudian la subordinación incuestionable del individuo a la sociedad y obligan a la preservación de la libertad individual como un factor esencial del orden jurídico. La restricción de la libertad individual por necesidades de interés social o de orden público, está supeditada al concepto predominante en la Constitución de respeto a ciertos derechos esenciales a la persona humana y a la observancia de los

procedimientos y competencias que garantizan al individuo imparcialidad y seguridad siempre que el interés privado deba ceder al público o social.

b) Sobre la protección constitucional de las libertades individuales.

En la Constitución colombiana los derechos y las libertades individuales que proclama la Carta en su título III no son una barrera infranqueable ante las conveniencias públicas. Ellos ceden pero los caminos que la misma Constitución señala, para que el individuo al someter al interés de la comunidad sus más preciados bienes, la libertad, la intimidad de su domicilio y su correspondencia, la propiedad y demás prerrogativas que se le reconocen como persona humana, se sienta protegido por la ley como expresión de la voluntad popular, por la independencia de la autoridad que la aplica y por los procedimientos que garanticen su defensa.

Es en esta intención doctrinaria e institucional donde debe buscarse el sentido verdadero de la división de las funciones del poder público en diferentes órganos y el de la mención que preceptos constitucionales del título III hacen de la “autoridad judicial”, o de la “autoridad competente”. La interpretación de estos preceptos constitucionales, como de toda disposición constitucional, no puede empobrecerse sometiéndola al mezcuno cerco de su expresión gramatical. No todo el derecho está en la norma. Esta que es una verdad elemental en todos los planos del ordenamiento jurídico, es inexorable realidad en el sistema constitucional de una Nación.

Más allá del texto aislado está el conjunto de las disposiciones de la Carta y sobre ellas las fuentes filosóficas y doctrinarias que inspiraron al constituyente en la intención de crear un instrumento idóneo para gobernar dentro de los mismos conceptos políticos una sociedad que evoluciona.

La norma constitucional de separación de funciones es uno de aquellos principios que domina toda la estructura del sistema de gobierno de la Nación. Históricamente se le concibe como un recurso contra el despotismo, dentro de la técnica jurídica es un precioso medio para garantizar el Estado de derecho y su observancia idea preponderante en la protección de las libertades individuales. El artículo 58 de la Carta dispone que la “Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administrarán justicia”, lo que significa que la función jurisdiccional del Estado está reservada a los jueces.

El ejercicio de la función jurisdiccional con las finalidades que le son propias en el sistema democrático, requiere además la independencia del

juez ante los otros órganos del Estado y ante sus superiores jerárquicos, para llevar al sentimiento ciudadano la seguridad de la protección de la ley y al de los litigantes el de la imparcialidad de las decisiones. Si la Constitución rodea al juez de tanta independencia, es precisamente para que sea el único que con plena confianza de la comunidad pueda arbitrar las desavenencias privadas y los conflictos entre el Estado y los particulares, y sea también el único que pueda privar al individuo, salvo excepciones constitucionales muy precisas, de los derechos fundamentales a toda persona humana que la propia Constitución garantiza, y en los casos y por los procedimientos que señale la ley. Entre más independiente sea el juez encuentran mayor protección los derechos fundamentales de la persona y la opinión mayor número de razones para confiar en las decisiones de la justicia y respetarlas. Es en la separación de funciones que reservan al juez el poder jurisdiccional de la autoridad, y en su independencia, donde la teoría política y la técnica legal hallan la verdadera garantía de la libertad del individuo.

En estos principios que son fundamentales en todos los pueblos civilizados se inspira nuestra Constitución y ella los traduce en normas positivas. Las garantías constitucionales de la libertad condicionan el ejercicio del poder de policía asegurando que la finalidad será cumplida no sólo por la autoridad competente y con observancia de los procedimientos que señala la Carta, sino por medios compatibles con el respeto de los derechos esenciales de la persona humana, para que al reglamentar su ejercicio no se incurra en su eliminación.

c) Sobre la inviolabilidad de la correspondencia

El derecho a la intimidad es uno de los que con mayor celo y sabiduría protege nuestro sistema constitucional (artículos 23 y 38 C. N.); en su garantía orgánica el constituyente se guía por el concepto tradicional de que la libertad individual corre menos riesgo cuando su guarda se confía a jueces “profesionalmente calificados y moralmente independientes”.

Este derecho, en sus dos aspectos esenciales, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia y papeles privados, además de su garantía constitucional encuentra protección de la ley en el Código Penal, artículo 302, 303, 304 y 305. El artículo 38 de la Carta consigna la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos. Además dispone que “las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad mediante orden de funcionario competente, en los

casos y con las formalidades que establezca la ley con el único objeto de buscar pruebas judiciales”.

El mismo ordenamiento constitucional establece una sola excepción muy precisa y concreta: para tasar los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos. Sobre los derechos que consagra la norma contentada deben retenerse dos conceptos que ilustran su significación y señalan su naturaleza:

El primero lo expresa así Burdeau (Ob. Cit. Pág. 163): “*Si hay un derecho inscrito en la naturaleza del hombre, es bien aquél de hacer de su casa y de su correspondencia un lugar de delectación y de paz*”. El segundo es la condición de derecho fundamental absoluto que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, derecho cuyo contenido no se desprende de la ley ni se “garantiza con arreglo a las leyes” y en el que solamente puede penetrar la ley por vía de excepción y con una finalidad previamente señalada en la propia Carta.

La inviolabilidad de la correspondencia encuentra como todos los derechos y libertades públicas limitaciones, pero fuera del caso previsto en el mismo precepto constitucional, sobre tasación de impuestos e intervención del Estado, las limitaciones están reservadas a la ley y restringidas exclusivamente a la represión de los delitos por el órgano jurisdiccional “con el único objeto de buscar pruebas judiciales”, es decir, las que decreta un juez (Art. 58 C. N.).

A los funcionarios administrativos en ningún caso les reconoce la Carta atribución para interceptar y registrar la correspondencia privada. La Constitución solamente los autoriza para exigir la presentación de los libros de contabilidad y comprobantes anexos en diligencias de tasación de impuesto o de intervención del Estado. (Art. 32 C. N.) Con las finalidades señaladas en este precepto.»...

*Alberto Hernández Mora, Alberto Zuleta Ángel,
Guillermo González Charry, Alejandro Domínguez Molina*

LIBERTAD DE CULTOS

Reconocimiento de personería a las iglesias y confesiones religiosas.

Imposibilidad de cancelarla

5 de octubre de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N641

...«La facultad de otorgar personería jurídica conforme al artículo 9o. de la Ley 133 de 1994, no implica la atribución de cancelarla. Esta materia debe ser regulada por el legislador. Sin embargo el acto administrativo que reconozca la personería jurídica puede ser demandado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conforme a las reglas generales. El reconocimiento de la personería jurídica por el Ministerio de Gobierno a las iglesias y confesiones religiosas, así como a sus federaciones y confederaciones, prevista en el artículo 9o. de la Ley 133 de 1994 les confiere la capacidad jurídica autónoma para celebrar con el Estado tratados o convenios y además para realizar actos civiles, con otras personas naturales o jurídicas, de conformidad con lo previsto en sus estatutos. La persona jurídica a que se refiere el párrafo del artículo mencionado alude a las fundaciones y asociaciones que ellas pueden constituir con finalidades específicas tales como la prestación de los servicios de salud, educación y beneficencia, para lo cual no se requiere de la personería regulada por la Ley 133 de 1994. El artículo 18 de la Ley 133 de 1994 se refiere a la inscripción en el Registro Público de entidades religiosas que se hubieren constituido antes de la vigencia de la ley. Además de los requisitos señalados en la ley, el Gobierno no puede exigir otros. El Ministerio de Gobierno debe examinar los estatutos de las iglesias y las confesiones religiosas para verificar que no contraríen la Constitución ni la ley, antes de reconocerles personería jurídica. Las actuaciones que adelanten las iglesias y confesiones religiosas con personería jurídica en cumplimiento de su objeto, se rigen por sus propias disposiciones cuando se refieran a misión pastoral. En los demás actos deberán someterse al ordenamiento jurídico del Estado.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Constituye un derecho de los congresistas expresarse en medios de opinión

5 de diciembre de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1466 (1466)

...« El derecho a la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones. Este derecho está consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política a toda persona y, conforme al artículo 85 de la misma, es de aplicación inmediata. La Corte Constitucional lo ha entendido como “la posibilidad de comunicar a otros el propio pensamiento, por lo cual puede decirse que este derecho coincide en cuanto a su objeto con la libertad de expresión”.

El artículo 5° de la Constitución señala que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. Pero esa primacía no significa que, en materia de libertad de opinión, esta sea absoluta e ilimitada, por cuanto ella debe expresarse en forma responsable, sin lesionar la honra y buen nombre de las personas, ni el derecho del público a recibir información veraz e imparcial

Ahora bien, el ejercicio de la función de congresista implica el estudio, conocimiento y crítica de los diversos aspectos de la realidad nacional y la proposición de soluciones a los problemas que emergen de la misma. Por tanto, es posible que el congresista, para ilustrar a la comunidad sobre esos asuntos, divulgue su opinión. En otros términos, la Constitución no excluye a los congresistas del derecho a expresar libremente su pensamiento y opiniones, ni les prohíbe ejercerlo mientras tienen esa investidura.

(...)

No se considera incompatible con el ejercicio de la función de congresista el escribir una columna de opinión para un diario, de manera habitual...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

DERECHO A LA IGUALDAD

*Comporta un deber de protección de las personas
en estado de debilidad manifiesta*

12 de junio de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1489

...«Así, el artículo 13 de la Carta Política ordena que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (...)”, como manera de garantizar la efectividad de los derechos de quienes, por su condición económica o social, se encuentran en estado de indefensión o de debilidad manifiesta, precepto que se nutre de la garantía del valor superior de la dignidad humana.

Si bien la salvaguarda de las personas de la tercera edad que no cuentan con recursos para su congrua subsistencia puede lograrse por vía de tutela, nada impide que conforme a la cláusula del Estado Social de Derecho la situación de indigencia imponga el desarrollo del principio de solidaridad y, por tanto, para alcanzar la protección debida concurran el propio Estado, la sociedad y la familia. En el caso bajo estudio el legislador dispuso lo conveniente para hacer efectivo el principio de solidaridad a favor de los veteranos y al efecto expidió la ley 683 de 2001.

(...)

De otra parte, a términos del artículo 85 de la Carta el derecho fundamental a la igualdad - entre otros derechos - es de aplicación inmediata, el cual prevé la protección especial de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, lo cual significa que su aplicación no requiere desarrollo legal en cuanto a su núcleo esencial y que se garantiza para todas las personas. Así, resulta claro a la Sala que establecido el beneficio por la ley 683 con alcance de derecho fundamental

- art. 46 - quienes se subsuman en su hipótesis normativa - veteranos indigentes - están habilitados para disfrutar el subsidio desde la vigencia de la ley o desde el momento en que el estado de indigencia les sobrevenga, sin que por lo demás el reglamento tenga la virtud de limitar temporalmente su goce. En otras palabras, la fuerza normativa de la ley no se restringe ante la hipotética ausencia de reglamento y su expedición no compromete la efectividad del derecho desde que este fue establecido por el legislador - o desde que la situación de hecho se presente - sin condiciones para su reconocimiento, como acontece en este evento...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

DERECHO AL TRABAJO

Principio de estabilidad laboral

17 de junio de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1493 (1493)

...« Principio de estabilidad laboral. El trabajo es uno de los principios fundamentales de nuestra organización política, social y económica y de nuestra forma de Estado Social de Derecho, a la par con la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general, conforme al artículo 1° de la Constitución Política y, en consecuencia, es tratado como un derecho y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Se reconoce, además, a toda persona el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 *Ibíd*em).

Con el fin de crear instrumentos normativos para su protección, el constituyente previó la expedición de un estatuto del trabajo, el que debe tener en cuenta, entre otros, los principios mínimos fundamentales de estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas legales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53).

Aunque el Congreso no ha expedido el mencionado estatuto, los principios referidos tienen fuerza vinculante y por tanto deben ser aplicados en la interpretación de las normas que regulan las relaciones laborales y en el ejercicio de las competencias asignadas a las distintas autoridades u órganos. En este orden de ideas, la protección especial que la Constitución brinda al trabajo, comprende la estabilidad en el empleo...

(...)

La estabilidad puede definirse como el derecho del trabajador a permanecer en el desempeño de un empleo, manteniendo una expectativa legítima de continuidad mientras se cumplan las exigencias de eficiencia, moralidad, así como las demás condiciones que la ley establezca para el desempeño del cargo, derecho que, por representar un principio cardinal del trabajo, debe ser protegido y garantizado por el Estado. Este principio también está previsto en convenios internacionales incorporados al ordenamiento interno, que prevalecen sobre este conforme al artículo 93 de la Carta, por referirse a los derechos humanos.

(...)

Ahora, el alcance del derecho a la estabilidad no tiene carácter absoluto, él se supedita al acaecimiento de determinadas causas originadas en la relación laboral - unas que podrían denominarse endógenas -, como el cumplimiento o no de las condiciones en que debe desempeñarse el trabajo, el quebrantamiento de los principios de eficiencia, imparcialidad, igualdad, moralidad, etc., o por causas exógenas a tal relación, como aquellas tendientes a la protección legítima de valores constitucionales o legales, vinculadas a la defensa de intereses generales, una de las cuales puede ser la supresión del cargo o aún de la entidad, con igual consecuencia. De esta manera, si bien la protección es de estirpe constitucional, la ley señala los límites dentro de los cuales la administración puede moverse para evitar decisiones arbitrarias que desconozcan o pongan en peligro el derecho a la estabilidad.

(...)

Ahora bien, el principio general que rige las relaciones laborales es el de que el empleador está sujeto a una normatividad de tinte social que persigue, mediante normas especiales, equilibrar la relación laboral, frente a quien se supone la parte más débil: el trabajador. En este orden de ideas, todo proceso de reestructuración, sea por creación, fusión, escisión o supresión de entidades de la administración pública, lleva envuelta esta concepción social, de la cual se nutre la estabilidad laboral, y fue en desarrollo de este criterio que el legislador dispuso, como se anotó, el pago de indemnizaciones por la supresión de los cargos de carrera y aún de libre nombramiento y remoción y la reincorporación a empleos equivalentes. En cuanto a los trabajadores oficiales, su régimen especial - legal o convencional - determinará en cada caso el alcance de la estabilidad y a él habrá de estarse; en defecto de aquél se aplicarán las normas generales.

Así, resulta claramente identificable el evento en el cual la estabilidad del trabajador puede verse afectada por el ejercicio de competencias atribuidas por la Constitución Política a distintos órganos del poder público, como pueden ser aquellos mediante las cuales se resuelve fusionar, suprimir o escindir organismos de la administración pública - con las correspondientes consecuencias en las relaciones laborales con sus servidores -, materia respecto de la cual el ordenamiento constitucional establece competencias compartidas entre el Congreso (para determinar la estructura de la administración pública nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional y señalar sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta) y el Presidente de la República, a quien se le asigna capacidad jurídica para suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos, conforme a la ley (arts. 150.7, 189.15 y 16)...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INFORMACIÓN

Certificado de disponibilidad presupuestal es un documento público

9 de junio de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1642 (1642)

...«De (...) las normas que regulan el derecho a la información, se desprenden entonces tres consecuencias que son fundamentales para este concepto:

Que la noción de documento público es muy amplia y abarca no sólo los actos oficiales sino todo tipo de documento que contenga cualquier información que pueda ser de interés para los asociados.

Que la información es un derecho fundamental.

Que sólo la Constitución Política o la ley pueden limitarlo o definir qué documentos tienen o pueden tener el carácter de reservados.

El derecho fundamental a la información exige naturalmente que las actuaciones estatales sean públicas. De ahí que uno de los principios bajo los cuales debe desarrollarse la función administrativa, por mandato constitucional sea el de la publicidad.

(...)

La disponibilidad presupuestal y el monto del presupuesto estimado para una contratación de bienes o servicios, son actuaciones documentadas de la Administración Pública, que integran tanto el procedimiento precontractual como los procedimientos de ejecución presupuestal en la contratación estatal.

Es claro que no hay norma de rango legal ni constitucional que defina que el certificado de disponibilidad presupuestal sea un documento

reservado o que en ciertas situaciones las universidades u otra autoridad pudiera reservarse la información allí contenida.

Siendo entonces el certificado de disponibilidad presupuestal un documento público que no tiene reserva legal, la información que contiene debe ser entregada, con los documentos que integran el trámite contractual, a los posibles interesados, en este caso, las personas que participan en el proceso de selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento o la rama del derecho bajo la cual esté actuando el ente estatal contratante y, por supuesto, puede ser objeto del derecho de petición de información por parte de los ciudadanos en general. No de otra manera podrían concretarse el derecho fundamental a la información y la publicidad del documento oficial, con el efecto demostrativo de la transparencia de la gestión pública que desarrolla la Universidad Nacional»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce*

DERECHO A LA INTIMIDAD

Reserva estadística. Información recaudada por el DANE

21 de febrero de 2008

Radicación: 1001-03-06-000-2008-00003-00(1875)

...«De este modo, la información estadística del DANE constituye un bien público, cuya objetividad, accesibilidad, transparencia y confiabilidad, son de interés general.

(...)

Como se observa, el primer inciso [artículo 5 de la Ley 79 de 1993] se refiere al deber general de colaboración que tienen todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, respecto de la información que el DANE requiera para el cumplimiento de su función en materia de censos y encuestas, que como se señaló, tiene un fin constitucionalmente legítimo. La segunda parte, que es aquella sobre la cual recae la consulta, se refiere al tratamiento reservado que el DANE debe darle a la información individual que recoge de los particulares y a su uso para fines estrictamente estadísticos.

Así, la legitimación que tiene el DANE para obtener la información destinada a producir estadísticas que faciliten la toma de decisiones públicas de interés general (primer inciso), no comporta la posibilidad de utilizar y divulgar el dato individual y privado obtenido en ejercicio de esa actividad (segundo inciso); en este orden de ideas, la disposición en cita concreta la protección que le brinda a las personas el artículo 15 de la Constitución Política respecto de la información que sólo concierne a la vida privada del individuo.

En ese sentido, el Estado no puede tomar información individual de las encuestas y censos para satisfacer necesidades de investigación judicial, tributaria, sancionatoria, etc. en contra de las personas, en tanto que el objetivo estadístico con el que el dato ha sido recolectado constituye un límite material

para su uso y circulación -elemento esencial del habeas data-. Se prohíbe así por el legislador, que el Estado pueda usar la facultad de solicitar información con fines estadísticos, como mecanismo de investigación y averiguación individual de las personas.

Ahora bien, debe diferenciarse el producto que se obtiene -necesariamente consolidado y general a partir de series numéricas-, de la fuente de la cual se recoge esa información (lugares o personas específicos), cuya individualidad y privacidad debe garantizarse a partir del mandato de reserva estadística.

Nótese entonces que la prohibición de publicidad y uso recae sobre la información privada de las personas que son objeto de encuesta o censo, pero no respecto de los resúmenes numéricos consolidados, los que, de acuerdo con la naturaleza misma de las funciones del DANE, están destinados a ser divulgados y utilizados para la toma de decisiones de política pública, incluso de tipo tributario.

(...)

De otro lado, como ya se había advertido por esta Sala en el Concepto 1209 de 1999, la reserva estadística prevista en el artículo 5° de la Ley 79 de 1993, en tanto relacionada con el derecho a la intimidad de los particulares, no se extiende a información que por su naturaleza es pública y que, por tanto, no pertenece a la esfera privada de los individuos. [...] Por tanto, la labor estadística no vuelve privada por vía del artículo 5° de la Ley 79 de 1993 la información que en esencia no lo es, como aquella que, precisamente, está destinada a ser conocida por todos; el dato que es público y de libre acceso, no pierde tal calidad ni se vuelve reservado por haber sido recogido a través de censo, requerimiento o encuesta del DANE. Ello claro está, sin perjuicio de la reserva de la información individual y específica de las personas que han sido consultadas.

En consecuencia, el artículo 5° de la Ley 79 de 1993 no invierte la regla general de publicidad de los documentos e información del DANE (art. 74 C.P. y 19 del C.C.A.), en la medida que sólo excluye de ese mandato de libre accesibilidad, la información individual y privada de quien la facilita para que el Estado pueda construir datos generales y series numéricas de apoyo para la toma de decisiones de política pública. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

LIBERTAD INDIVIDUAL Y DERECHO DE ASOCIACIÓN

Límites a la intervención del Estado en los clubes deportivos.

Derecho a la recreación y al deporte

15 de mayo de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00100-00(1870)

...« Dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, que realza el papel de la persona como eje central de la realización de los fines estatales, la Constitución Política de 1991 reguló en su artículo 52 -modificado por el acto legislativo 2 de 2000- el derecho a la recreación, al deporte y a la utilización del tiempo libre de la siguiente manera:

- Lo reconoce como derecho de todas las personas y, sin restarle autonomía, lo integra a la educación por su importancia en el proceso de formación y desarrollo integral de las personas; por ello, puede adquirir incluso la naturaleza de derecho fundamental. Le asigna una función específica: la formación del individuo y el desarrollo de estándares de salud para el ser humano; esta función delimita el fin último de las organizaciones deportivas y de la intervención del Estado en esa materia. Dada la trascendencia social y cultural del deporte, la Carta le asigna al Estado el deber de fomentar su práctica (para ello lo califica como gasto público social), así como la obligación de vigilar y controlar las organizaciones deportivas;

- Con el fin de hacer efectiva la participación ciudadana (Art. 2 C.P), establece que las organizaciones deportivas que se creen para fines deportivos y de recreación deberán tener una estructura y propiedad democráticas; en ese sentido, existe un mandato expreso de democratización, cuyos efectos se revisarán en la segunda parte de esta consulta.

- El interés colectivo en la práctica del deporte justifica la intervención del legislador en la ordenación de la actividad deportiva (cláusula general de competencia legislativa -art.150 C.P.-), en todo caso sobre la base del

reconocimiento y respeto de los presupuestos de autonomía privada y libre autodeterminación en los que se desarrolla la actividad deportiva.

(..)

Por ello, es preciso hacer énfasis en que sin perjuicio de esa intervención estatal, la Constitución parte de un principio general de libertad y autonomía tanto de quienes practican el deporte como de las organizaciones deportivas, pues como también ha señalado la Corte Constitucional, “es evidente que la actividad deportiva, como manifestación de la vida individual y social, se ubica en el campo de lo privado”; en esa medida, las organizaciones deportivas gozan, en el marco de los derechos de libertad y, en especial, de las libertades de autodeterminación y asociación, de un espacio natural de autodeterminación y autorregulación, que si bien tiene como límite a la Constitución y a la Ley, no desaparece por el hecho de ser una actividad que puede ser intervenida por el Estado.

Por ende es claro, que a la luz de la Constitución “los asociados gozan de la más amplia libertad para estructurar el régimen jurídico particular al que se obligan, por lo cual, mientras se sometan a él y, desde luego, a la Constitución y a la ley, pueden resolver de manera autónoma y a nivel interno los problemas que surjan entre la persona jurídica y los socios o entre éstos por causa o con ocasión del contrato”.

(..)

Por tanto, la Sala pone de presente que la autonomía constitucional de las organizaciones deportivas garantiza los espacios de autorregulación derivados de la libertad individual y de asociación, claro está, teniendo como límite la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, así como los mínimos normativos establecidos en la legislación del deporte.

(..)

El legislador colombiano no fue ajeno a esta discusión y por ello, sin eliminar la forma asociativa para quienes no están movidos por un ánimo de lucro, decidió admitir también la figura societaria, para permitir que aquéllos individuos interesados en organizar una actividad deportiva profesional con el fin de obtener un beneficio económico y repartir utilidades, pudieran hacerlo si ese era su propósito, pero sujetos a la regulación que existe para las sociedades.

»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Debido proceso en actuaciones administrativas

3 de julio de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00050-00(1912)

...«(...) [E]l derecho del individuo a no ser obligado a declarar contra sí mismo, cubre en general todos los espacios de interacción con el Estado.

En ese orden de ideas, una cosa es que se deban acreditar calidades correspondientes al perfil requerido por la entidad de acuerdo con los requisitos previstos en la ley o suministrar la información necesaria para certificar experiencia, capacidad, etc., y otra que se obligue a dar información que pueda incriminar al participante con un delito, en tanto que ello podría violar el artículo 33 Superior.

Frente a ello, considera la Sala que la exigencia por parte de una autoridad administrativa de efectuar una declaración juramentada de no haber incurrido en conductas ilegales castigadas por el ordenamiento penal, podría encajar dentro de esta última hipótesis.

En ese sentido, estima igualmente la Sala que los requerimientos que una entidad pública haga en cumplimiento de sus funciones no pueden ir en contra de las garantías constitucionales y legales de los administrados, pues éstas constituyen límites objetivos que la Administración no puede desconocer en sus actuaciones.

Por tanto, la exigencia de una declaración de no haber prestado el servicio de comunicaciones “de manera clandestina” dentro de las convocatorias que adelanta el Ministerio, puede conducir a partir de la Ley 1032 de 2006, a la necesaria posibilidad de autoincriminación, vulnerando así el artículo 33 de la Carta. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

LIBERTAD DE PRENSA

Pluralismo informativo, competencia e igualdad de oportunidades en la explotación del espacio electromagnético

5 de octubre de 2009

Radicación: 11001-03-06-000-2009-00049-00(1966)

...«El punto de partida de este análisis se encuentra necesariamente en las declaraciones del artículo 1° de la Constitución sobre el carácter *democrático, participativo y pluralista* del Estado Colombiano y del artículo 2° *ibídem* respecto al deber del Estado de facilitar la participación de todos en la vida política, económica, administrativa y cultural de la Nación, con el fin de *promover y garantizar* los principios, derechos y deberes constitucionales.

Dichos artículos se relacionan directamente con el artículo 20 de la Constitución que garantiza la libertad de opinión, prensa e información, esto es, el derecho de toda persona a (i) expresar y difundir libremente su pensamiento; (ii) recibir información y a que ésta sea veraz e imparcial; y (iii) fundar medios masivos de comunicación.

La Constitución entiende que estos derechos y libertades son bienes irrenunciables en una sociedad democrática basada en el pluralismo, la participación, la opinión informada y el control que ejerce la sociedad sobre sus instituciones

(...)

Adicionalmente, la Constitución establece en el artículo 75 un régimen especial para la televisión, según el cual el espacio electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible “sujeto a la gestión y control del Estado”, lo que significa que los particulares no podrán apropiarse de él y que para su uso será necesario contar con un título habilitante por parte del Estado. Es así que el mismo artículo defiere al legislador la fijación de las reglas para el uso y asignación del espacio electromagnético, las cuales

deben regirse por un principio de “garantía de igualdad de oportunidades”, con lo que nuevamente se refuerza el carácter participativo del modelo constitucional y la búsqueda de una información plural no monopolizada.

El artículo 75 señala también, en conexión con lo anterior, que, con el fin de garantizar el *pluralismo informativo* y la *competencia*, el Estado deberá intervenir, por mandato de la ley, para evitar prácticas monopolísticas en el uso del espacio electromagnético.

En ese sentido existe un énfasis constitucional muy claro en la competencia y la participación en la explotación del espacio electromagnético, en orden a remover las barreras de entrada de quienes pueden tener opiniones contrarias, diversas o minoritarias, a evitar la concentración de las fuentes de información y a prevenir el monopolio de los medios. La Constitución prohíja información plural y para ello busca que se abra, en el mayor grado posible, la participación en el uso del espacio electromagnético.

En este sentido, el artículo 75 se relaciona directamente con el artículo 333 de la Carta, que le ordena expresamente al Estado impedir, por mandato de la ley, las restricciones a la libertad económica y evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. Todo lo cual se encuentra unido a la responsabilidad social de la empresa y de la propiedad.

Como se observa, la Constitución rechaza la concentración y el monopolio de los medios de comunicación y también las restricciones que sin ser estrictamente necesarias impidan el acceso de más participantes al uso del espacio electromagnético utilizado para la televisión. La participación de un mayor número de personas en la explotación del espacio electromagnético es entendida por la Constitución como presupuesto de pluralidad informativa y competencia y, por ende, como un bien público deseable y tutelable.

(...)

Por tanto, en la interpretación de la ley se habrá de tener en cuenta que la Constitución proscribe la concentración de los medios de comunicación y el monopolio en el uso del espacio electromagnético. Así: (i) será más concordante con la Constitución, aquella hermenéutica que antes que obstruir o impedir las garantías de acceso, competencia y pluralismo en la explotación del espacio electromagnético, faciliten su concreción; y (ii) será igualmente más plausible constitucionalmente aquél entendimiento que permita la presencia de una mayor número de participantes en los

procedimientos de adjudicación del espacio electromagnético, como expresión de competencia y acceso “en igualdad de oportunidades”, así como de los principios de transparencia y objetividad. Y definitivamente, (iii) no será admisible aquella aplicación de la ley que facilite la concentración de los medios de comunicación o permita que éstos puedan llevar a cabo prácticas monopolísticas.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo (con impedimento aceptado),
William Zambrano Cetina.*

LIBERTADES PÚBLICAS Y DERECHOS CIUDADANOS

*Reserva legal para imponer limitaciones o restricciones. Reglamentos de policía.
Poder de policía de las entidades territoriales. Límites*

20 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00044-00(1999)

...«Sea lo primero decir que un principio esencial de la organización territorial del Estado Colombiano, es la autonomía administrativa reconocida a las entidades territoriales (art.1 y 287 C.P.) y la posibilidad de autogobernarse para la gestión de los asuntos locales, esto es, el “derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar sus propios recursos y participar de las rentas nacionales”. Por tanto, las entidades territoriales tienen “capacidad de autoformación como de acción en el plano ejecutivo”, pues gozan de una aptitud suficiente “para la elección de una política propia en la elección de estrategias distintas para la gestión de sus propios intereses”.

Sin embargo, se trata de una autonomía administrativa y no legislativa en la medida que la función de hacer las leyes se encuentra concentrada en el Congreso de la República (Art.114 C.P.) y no ha sido compartida con las entidades territoriales; por tanto, las competencias de autorregulación de estas últimas y su poder de autogobierno, tienen como límite natural aquéllas materias que son objeto de reserva de ley y que, por lo mismo, sólo pueden ser reguladas por normas de esa naturaleza. Es así que, cuanto el artículo 287 de la Constitución Política se refiere a la autonomía de las entidades territoriales, señala que la misma se ejercerá “dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

En vigencia de la Constitución anterior se consideró con base en el numeral 9 del artículo 187 de la Constitución Política de 1886, según el cual correspondía a las Asambleas Departamentales “reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal”, que el poder

de policía, esto es, la potestad de restringir y limitar las libertades públicas, lo compartían el Congreso de la República y las Asambleas Departamentales. Esa regla aparece reproducida en el Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986) [...] Se entendió en su momento que las Asambleas Departamentales tenían competencia normativa para todo aquello que no hubiera sido objeto de regulación legal, por lo que podían disponer la limitación y restricción de libertades públicas con la única condición que las mismas no hubieren sido reglamentadas previamente por una ley. Lo anterior, además, en el contexto de que la Constitución de 1886 no le daba el mismo alcance y cobertura a la reserva legal de ciertas materias, como cuando disponía que las penas podían imponerse con base no sólo en ley, sino también en orden o decreto previo (art.28) o que la detención de personas podía ordenarse por autoridad competente, incluyendo en este concepto también a las autoridades administrativas (art.23), todo lo cual permitía entender que a través de ordenanzas era posible ejercer el poder de policía.

(...)

Por tanto, se permitía la restricción de las libertades públicas a través de ordenanzas, al punto que la jurisprudencia del Consejo de Estado distinguía dos tipos de reglamentos de policía:

- Los reglamentos *autónomos* o *principales de policía*, por los cuales los Departamentos, a través de sus Asambleas, “estatuyen prohibiciones directas a los particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos correspondientes” (se subraya); y Bajo esta categoría se han expedido a lo largo del tiempo códigos departamentales de policía en los que se establecen medidas correctivas y sancionatorias, en algunos casos desplazando incluso lo dispuesto en el propio Código Nacional de Policía o en otras normas legales.

- constituidos por las disposiciones indispensables para la cabal aplicación de los reglamentos autónomos, que corresponde expedir para el mantenimiento del orden público al “Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria” e igualmente a “los Gobernadores, los Alcaldes y los Concejos».

Respecto de estos últimos, cabe decir que los mismos no representan en general ningún problema constitucional, pues a través de ellos simplemente se da cumplimiento a las normas legales de policía de acuerdo con las competencias asignadas por la Constitución y la ley para el mantenimiento

y conservación del orden público. Según se vio, la Corte Constitucional los ubica dentro de la “función de policía”, en tanto que sirven para la aplicación de la ley de policía, pero no son paralelos ni sustitutivos de ella, pues no pueden por sí mismos establecer restricciones a las libertades públicas no autorizadas por el legislador.

Sin embargo, en relación con los llamados *reglamentos autónomos* y en general respecto de la posibilidad de que las autoridades administrativas establecieran directamente limitaciones y restricciones a las libertades públicas a través de un poder normativo de policía paralelo al del Congreso de la República, la situación cambió radicalmente con la Constitución Política de 1991, a partir de una nueva lectura de las facultades de las Asambleas Departamentales para dictar normas de policía, conforme al artículo 300-8 Superior que dispone: “Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: (...) “8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”.

En efecto, teniendo en cuenta el énfasis constitucional en la reserva de ley para la restricción de las libertades ciudadanas y lo dispuesto en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, la Corte Constitucional entendió desde sus primeras sentencias y lo ha venido ratificando insistentemente, incluso mucho antes de la Sentencia C-593 de 2005 citada por la entidad consultante, que la facultad de las asambleas departamentales en la Constitución Política de 1991 no es, como se sostenía con base en la anterior Carta Política, *para todo aquello que no está regulado en la ley, sino respecto de aquello que no sea materia de disposición legal, es decir, que no esté sujeto a reserva de ley*. Por tanto, las materias que conforme a la Constitución deben ser normadas exclusivamente por el legislador (como lo atinente al establecimiento de sanciones y medidas correctivas de policía), no pueden ser objeto de regulación autónoma por las entidades territoriales, ni siquiera por parte de las Asambleas Departamentales, cuya atribución constitucional no alcanza esa dimensión. (...)

En conclusión, desde la Constitución Política de 1991 la limitación y restricción de las libertades públicas está sujeta a un principio de reserva legal. Como se reiteró nuevamente en las Sentencias C-117 de 2006, C-1008 de 2008 y C-352 de 2009, en el Estado de Derecho se impone “la necesidad de que cualquier limitación o restricción se establezca por medio de una ley adoptada por el órgano legislativo como expresión de la voluntad popular” »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique
José Arboleda Perdomo (con salvamento de voto),
Hernando Yepes Arcila (Conjuez), William Zambrano Cetina.*

DERECHO DE ASOCIACIÓN

Entidades sin ánimo de lucro. Generalidades

26 de julio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00033-00(2286)

...«En general las entidades sin ánimo de lucro -corporaciones, asociaciones o fundaciones-, tienen un reconocimiento legal en la medida en que su existencia se justifica para la atención de determinados sectores de la población y para la satisfacción de necesidades diversas como salud, educación, deporte, etc., y se han convertido en importantes colaboradoras del Estado Social de Derecho en su afán de atender cualitativa y cuantitativamente los requerimientos de la sociedad. (...)

Dichas entidades son personas jurídicas que nacen en virtud del derecho de asociación (CP artículo 38) o de la libertad que tienen las personas para disponer de sus bienes en orden a realizar fines altruistas o de beneficio comunitario, que tienen como característica principal el hecho de que no haya reparto de utilidades o de remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos. No cabe duda entonces de que las entidades sin ánimo de lucro deben excluir todo mecanismo que directa o indirectamente signifique para los asociados o fundadores la vocación de participar en los excedentes o beneficios obtenidos en el desarrollo del objeto. Sin embargo la ausencia de una finalidad lucrativa no significa que la persona jurídica deba consumir su patrimonio o empobrecerse, pues la consecución de sus metas impone al menos una conducta de conservación cuando no de mejora e incremento de sus bienes y rentas, para lo cual bien pueden llevar a cabo actividades per se lucrativas, como las mercantiles. (...)

Es así que las entidades sin ánimo de lucro pueden tener beneficios netos o excedentes, que son la utilidad o provecho que resulta después de deducir los gastos.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

III. ACCIONES CONSTITUCIONALES

A. ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Efectos de la declaratoria de inexequibilidad. Diferencias con la derogatoria

17 de noviembre de 1958

Radicación: 904-CE-SNG-1958-11-17

...«Es indudable que el acto público declarado inconstitucional por la Corte a través de la acción popular, tiene hacia el futuro una drástica proyección consistente en que los preceptos que lo integran no forman ya parte de la normación jurídica nacional. No es preciso, para ello, que la misma autoridad que lo ha dictado esté en la obligación de consumir un acto derogatorio del mismo, como condición previa para la plena efectividad de la sentencia de inexequibilidad. La importancia política y jurídica de que la Carta haya atribuido a un organismo especial la vigilancia de su integridad, radica, entre otras cosas, en que, emitido el acto por el Congreso o por el Gobierno, y sometido al examen y escrutinio de la Corte, si esta lo encuentra en contrariedad con las normas de aquel estatuto, y así lo sentencia, la ejecutoria del fallo pertinente es hecho bastante para producir todos los efectos propios de la naturaleza de la acción. O lo que es lo mismo, a partir de entonces, la norma declarada inexequible no puede regir.

En este aspecto y solo en él existe una similitud entre los efectos de la derogatoria y los de la sentencia de inexequibilidad. Pues en cuanto hace al pasado ellos son bien distintos. En efecto, cuando el acto soberano del Congreso deroga una ley, esta desaparece para la normación futura, pero las situaciones jurídicas cumplidas bajo el imperio del precepto derogado se tienen por firmes ya que, de otro lado, la norma derogada goza de una

presunción de arreglo a la Constitución, y por tanto su validez es irrecusable. En cambio, cuando el desaparecimiento del precepto tiene por base un fallo del órgano contralor de la integridad constitucional, siendo este declarativo en cuanto se limita a reconocer la existencia de un vicio nacido con la vigencia del acto público demandado, sus efectos en el tiempo se cumplen desde tal vigencia, con la excepción atrás apuntada, de aquellos casos que hayan quedado cubiertos por el principio de la cosa juzgada.

Se explica entonces que cuando es el Congreso quien deroga una norma anterior, esta, por razón de los efectos anotados, no puede revivirse o entenderse resurgida al ordenamiento jurídico sino mediante una reproducción completa de ella por un nuevo acto del legislador. En cambio, cuando tal derogatoria ha sido hecha por una ley o por un decreto-ley declarados inconstitucionales, teniéndose tal acto por no dictado, los preceptos que derogó no requieren de un nuevo acto del Congreso ni de una expresa manifestación de la Corte para que revivan, pues la sola ejecutoria del fallo rescata para ellos la fuerza constitucional que les garantiza su imperio.

Lo anterior permite concluir que es jurídicamente fundada la tesis de que la declaratoria de inexecutable equivale a una nulidad del precepto y no a una derogatoria del mismo. Por otra parte, la tesis cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que dentro del régimen constitucional colombiano, levantado sobre el principio de la separación de los poderes públicos, no sería aceptable una interpretación que atribuyera, por los actos o por los efectos de estos, a un órgano especial, funciones que expresamente se encuentran atribuidas a otro o pertenecen a él por su propia naturaleza, salvo cuando la propia Constitución así lo manda. El poder de derogar las leyes, tanto como el de hacerlas, pertenece al Congreso y así lo consigna de modo inequívoco la regla primera del artículo 76 de la Constitución; de donde resulta contrario a derecho sostener que, por cualquier extremo, la Corte pueda ejercer esa potestad.»...

Guillermo González Charry

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD Y SENTENCIA DE NULIDAD

Irretroactividad y retrospectividad en sus efectos

27 de julio de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N528

...«La declaratoria de nulidad y de inexequibilidad se asimilan en sus efectos. La declaratoria tiene efectos *ex tunc* o con carácter retrospectivo. La norma declarada nula o inexequible, deja de aplicarse desde el momento en que queda ejecutoriada la sentencia que así lo disponga. Los hechos cumplidos o situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de nulidad de norma que les sirvió de sustrato, subsisten por cuanto tal nulidad no es retroactiva en sus efectos.

(...)

Los contratos celebrados, con anterioridad a la fecha ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del artículo 32 del Decreto 777 de 1992, entre el Ministerio de Salud y las entidades privadas sin ánimo de lucro, se deben seguir ejecutando, de conformidad con las cláusulas contractuales.

En estricto derecho, la administración, (Ministerio de Salud) puede celebrar contratos adicionales o concretar otros nuevos con entidades privadas sin ánimo de lucro. No obstante, frente a los principios rectores de la buena fe y observando una conveniente prudencia, la administración debe abstenerse de celebrar nuevos contratos, hasta cuando la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado decida el recurso de súplica interpuesto. De no observarse esta conducta, en un futuro los nuevos contratos pueden eventualmente resultar comprometidos en su validez, lo cual redundaría en detrimento de los intereses económicos del Estado.»

*Humberto Mora Osejo (con salvamento de voto), Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

**DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LAS NORMAS QUE
REGULABAN EL DERECHO DE PETICIÓN**

Reviviscencia de normas derogadas

28 de enero de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00002-00 (2243)

...«Desde hace varias décadas, la jurisprudencia y la doctrina en Colombia se han planteado el problema de establecer si la declaratoria de inexecuibilidad de una norma con fuerza de ley que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, si produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”.

(...)

De manera que no se evidencia argumento que se oponga a las conclusiones que se han expresado sobre la exclusión del ordenamiento jurídico del Título II de la Parte Primera del CPACA y la reincorporación de las disposiciones pertinentes del Decreto Ley 01 de 1984 desde el 1° de enero de 2015, hasta el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición, máxime cuando en la sentencia C-951 de 2014 la Corte, por una parte, no hizo manifestación explícita acerca de que no reviven las normas sobre el derecho de petición contenidas en el Código Contencioso Administrativo y, por la otra, dejó claro que el Título II de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo quedó expulsado del ordenamiento jurídico al finalizar el 31 de diciembre de 2014, fecha hasta la cual difirió los efectos de la declaratoria de inexecuibilidad de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011.

(...)

A este respecto, vale la pena recordar que el fenómeno jurídico de la reviviscencia o reincorporación de normas derogadas, tal como ha sido desarrollado en la jurisprudencia desde hace varias décadas, consiste precisamente en que disposiciones legales o con fuerza de ley que han sido derogadas por otras, ya sea de manera expresa o bien tácita (incluyendo la denominada derogación “integral o sistemática”), recuperan su vigencia y efectos jurídicos por obra de la declaratoria de inexecutable de las normas que las derogaron, pronunciada por el órgano judicial competente (Corte Constitucional o Consejo de Estado, según el caso).

(...)

En todo caso, no está demás reiterar que la reviviscencia de las normas del Código Contencioso Administrativo a la cual se refiere este concepto es necesariamente parcial y transitoria. Parcial, por cuanto solamente se reincorporan aquellas disposiciones que regulaban el derecho de petición en los mismos aspectos o temas contenidos en el Título II de la Parte Primera del CPACA, siempre que tales normas no sean manifiestamente opuestas a un precepto constitucional o a una disposición vigente del CPACA, como atrás se explicó. Y transitoria, porque dicha reincorporación de las normas derogadas solamente se produce entre el 1° de enero de 2015 y la fecha anterior al momento en que empiece a regir la nueva ley estatutaria sobre el derecho de petición.»...

Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar, William Zambrano Cetina.

B. ACCIÓN DE TUTELA

ACCIÓN DE TUTELA Y EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Naturaleza jurídica y diferencias

13 de octubre de 1992

Radicación: 92-CE-SC-EXP1992-N464

...«La acción de tutela, instituida por el artículo 86 de la Constitución, tiene por objeto proteger los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la misma Carta.

Procede, contra las actuaciones u omisiones de las autoridades que infrinjan cualquiera de esos derechos en contra de determinadas personas. Pero no es posible intentarla cuando la omisión o la actuación puede controvertirse ante una de las jurisdicciones del país ni, a *fortiori*, contra las providencias judiciales.

Sin embargo, aunque exista posibilidad de otra acción, es posible promover la de tutela, con carácter transitorio, para impedir un perjuicio irreparable. El Decreto 2591 de 1991 lo define como el que sólo puede ser satisfecho mediante indemnización. Como los actos administrativos, según la Constitución (artículos 237 y 238), pueden ser suspendidos o anulados por los órganos competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no están en posibilidad de producir perjuicios irreparables, tampoco procede controvertirlos mediante acción de tutela.

En consecuencia, la acción de tutela es residual o complementaria de las jurisdicciones del país y tiene por objeto específico proteger derechos personalísimos, reconocidos expresamente como fundamentales por la Constitución, que no pueden hacerse valer o reconocer mediante otra acción.

De este modo la acción de tutela armoniza con las demás que proceden ante las jurisdicciones del país y hace posible controvertir, breve y sumariamente, las actuaciones y omisiones de las autoridades por violación de derechos fundamentales, prescritos por la Constitución, que por su carácter personal, sin directo significado económico, antes no se protegían mediante acción.

(...)

La excepción de inconstitucionalidad, prescrita por el artículo 4o. de la Constitución - 215 de la anterior carta política - consiste en la inaplicación que hace un funcionario u órgano, administrativo o judicial, de la disposición aplicable al caso por considerarla inconstitucional para proferir su decisión con fundamento en la Constitución. La disposición inaplicada subsiste, pero en el caso específico, es reemplazada por la de carácter constitucional. Por consiguiente, la excepción de inconstitucionalidad es un criterio de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano judicial o administrativo, preferir una disposición constitucional sobre otra posterior de inferior jerarquía para proferir su decisión en un caso determinado. De donde se deduce que su efecto no es genérico sino específico y que, por lo mismo, se agota con la decisión.

En el caso objeto de consulta, aunque la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de julio de 1992 resolvió, en el ordinal 2o., “ordenar la inaplicación del párrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 de 9 de julio de 1982 y del artículo 210 del Decreto reglamentario 1950 por ser incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución”, en realidad, según el artículo 4o. de la Constitución, la excepción de inconstitucionalidad sólo podía surtir efectos en la misma sentencia.- proferirla, no con fundamento en las disposiciones inaplicadas, sino en el artículo 13 de la Constitución. Además, la excepción de inconstitucionalidad produjo todos sus efectos en la sentencia y no requiere, por lo mismo, actos de obediencia o cumplimiento posterior.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón (con salvamento de voto),
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*

IV. PROTECCIÓN DE MINORÍAS ÉTNICAS

A. COMUNIDADES INDÍGENAS

COMUNIDADES INDÍGENAS

Normatividad aplicable

19 de enero de 1928

Radicación: 10-CE-SNG-1928-01-19

...«El señor Ministro de Gobierno dice en su nota número 2955, de 27 de noviembre de 1926, que tiene algunas dudas en el particular, dado que hasta hace poco han tenido aplicación respecto de los indígenas del Tolima las disposiciones de la Ley 89 de 1890, y que desea obtener el concepto de esta corporación al respecto.

La Ley 1ª de la Partida 6ª del Título 1º de la Recopilación Granadina (de 11 de octubre de 1821), sobre abolición del tributo y repartimiento de los resguardos de indígenas, rigió como síntesis de la condición que correspondía a la raza autóctona en la época de la República, y sobre esto se fundó la Ley dictada en la Provincia de Neiva en 1832 (marzo 6). Siguió una porción de leyes dictadas en 1840, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 51, 52, 60, 68, 70, 74, 76, 87, etc., hasta la 89 de 1890, que determinó la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. En esa Ley, aparte de otras disposiciones, se trata de la organización de los cabildos de indígenas, de los resguardos, de los protectores de los indígenas, de la división de los terrenos y de las ventas. En este cuerpo de legislación quedaron bien establecidos los derechos y los deberes de los indígenas, y ella rigió hasta que en 1919 empezó a regir la Ley 104, por la cual se dispuso

la división de algunos terrenos de resguardos. Se trata allí de la formación del censo o empadronamiento de las parcialidades indígenas, de la duración de los cabildos, etc., y se dispone expresamente en el artículo 13: “En todo lo demás se aplicarán la Ley 89 de 1890, el Código Civil, el Código Judicial y las leyes que los accionan y reforman”. Y por último, el Congreso próximo pasado de 1927 dictó la Ley 19 (septiembre 23), sobre división de resguardos de indígenas, y en su artículo 36 expresa claramente que quedan subrogadas las disposiciones contrarias a esta Ley. Entre éstas no se hallan las de la Ley 89 de 1890, pues antes bien, éstas se extienden y aclaran.

Quiere decir lo expuesto que conforme a la doctrina expresada con toda claridad en la Ley 89, es evidente que ésta debe aplicarse en cuanto las posteriores no la reformen o deroguen.

Como la consulta del señor Ministro se refiere tan sólo a las dudas que le han sobrevenido en relación con la solicitud que hizo el señor Estanislao Caleño, como Gobernador de la comunidad de indígenas de Ortega y Chaparral, para que se declare que esos indígenas se rigen por la Ley de 6 de marzo de 1832, expedida por la Cámara de la Provincia de Neiva y no por las disposiciones de la Ley 89 de 1890, el suscrito disiente de ese concepto, y antes bien, opina que es ésta la Ley que debe observarse para el caso consultado.

Por estas consideraciones, vuestra Comisión tiene el honor de proponeros: Contéstese al señor Ministro de Gobierno la consulta que concretó en su nota número 2955, en el sentido de que la Sala de Negocios Generales del Consejo del Estado es de opinión que debe aplicarse la Ley 89 de 1890, con preferencia a la 2a de la Cámara Provincial de Neiva, dictada el 6 de marzo de 1832.»...

Ramón Correa, Jose A. Vargas Torres

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Competencia de las Comisiones de Asuntos Indígenas

23 de septiembre de 1992

Radicación: No. 458.

...«El artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 no atribuye competencia a las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno para «conocer, en segunda y última instancia, de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los alcaldes municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos». Sin embargo, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria de la Ley 52 de 1990, podría adicionar el artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 para atribuirles a las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno la facultad a que se refiere el punto anterior. Pero cuando se pongan en efectividad los principios prescritos por los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución, tendrán carácter prevaleciente sobre las disposiciones anteriores que les sean contrarias.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

RESGUARDOS INDÍGENAS

Participación en las regalías

20 de marzo de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N968(968)

...«**Los resguardos indígenas y los territorios indígenas en la Constitución de 1991.** Una de las innovaciones más significativas de la nueva Constitución Política de Colombia, promulgada el 7 de julio de 1991, consistió en dedicar varias de sus disposiciones a las comunidades indígenas, con la finalidad de proteger y desarrollar su identidad cultural, reconocer que sus resguardos son propiedad colectiva y no enajenable, conformar la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas con derecho a elegir dos senadores, autorizar la jurisdicción especial indígena (la que ejercerá funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, “de conformidad con sus normas y procedimientos”, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República), e incluir en la división político administrativa del Estado a los territorios indígenas que sean conformados son sujeción a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT).

De ahí disposiciones constitucionales como las contenidas en los artículos 7, 10, 63, 68 inciso quinto, 72, 171 inciso segundo, 176 inciso final, 246, 286, 310, 329, 330, 357, 360, 361 y transitorio 56, que, en lo pertinente y para los efectos relacionados con la consulta, serán objeto de estudio por la Sala.

La organización tradicional de los indígenas la constituyen las tierras de resguardo; según la Constitución, estas tierras son inalienables, imprescriptibles e inembargables, características que se predicán también de los bienes de uso público, de los parques naturales, de las tierras comunales de grupos étnicos y del patrimonio arqueológico de la Nación (art. 63).

Según estadísticas, la mayoría de la población indígena, que ya se aproxima al millón de habitantes, vive en un poco más de trescientos resguardos; de éstos, los más importantes por su organización y número de habitantes están llamados a constituirse en el punto de partida y el fundamento para la constitución de los futuros territorios indígenas, que junto con los departamentos, distritos y municipios formarán la división territorial de la república.

Mientras se procede a la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial -que en los últimos años ha esperado sin suerte su turno en el Congreso Nacional- y el Gobierno hace la delimitación correspondiente con participación de representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial (art. 339), la Carta Política prevé dos situaciones de carácter transitorio:

1. Dispone que la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios para efectos de su participación en los ingresos corrientes de la Nación (art. 357). A este respecto, la ley 60 de 1993 señala que los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 sean considerados como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite en el respectivo resguardo; la participación que corresponda al resguardo se administrará por el respectivo municipio, pero deberá destinarse exclusivamente a inversiones que beneficien a la correspondiente población indígena, para lo cual se celebrará un contrato entre el municipio o municipios y las autoridades del resguardo (art. 25). Esta norma dispone, también, que cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán las transferencias.

Por lo demás, el decreto 1809 de 1993 hace claridad al disponer que, para los efectos previstos en el artículo 357 de la Constitución Política, todos los resguardos legalmente constituidos a la fecha de su expedición, serán considerados como municipios (art. 1°).

2. Trátese de la disposición contenida en el artículo transitorio 56 que autoriza al Gobierno Nacional, mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, para dictar “las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”. El Gobierno hizo uso de esta facultad mediante la expedición del decreto 1809 de 13 de septiembre de 1993, que

consta solamente de cuatro artículos, en los cuales se limita a considerar como municipios - siempre para los efectos previstos en el artículo 357 constitucional - a todos los resguardos indígenas legalmente constituidos en dicha fecha, a reiterar que la participación de cada resguardo indígena en los ingresos corrientes de la Nación se determinará y administrará en la forma dispuesta por el artículo 25 de la ley 60 de 1993 - con excepción de los localizados en las divisiones departamentales a que se refiere el artículo 21 del decreto 2274 de 1991, caso en el cual las autoridades de los resguardos celebrarán contratos o convenios con el respectivo departamento o departamentos - y a disponer que el Ministerio de Gobierno (hoy del Interior) certificará ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación cuáles son los resguardos legalmente constituidos en la fecha indicada, en qué municipios o divisiones departamentales y en qué departamentos se encuentran ubicados cada uno de ellos y cuál es su respectiva población.

(...)

1. La norma constitucional (art. 357) que considera a los resguardos indígenas como municipios, les otorga el derecho de participación en los ingresos corrientes de la Nación, de acuerdo con los criterios establecidos por el artículo 25 de la ley 60 de 1993 y el artículo 2° del decreto 1809 del mismo año.

2. Sólo aquellos resguardos que sean erigidos en entidades territoriales indígenas, conforme al procedimiento dispuesto por el artículo 329 de la Constitución, adquirirán el derecho a participar de regalías y compensaciones por la explotación de recursos naturales no renovables así como a percibir en su jurisdicción el impuesto de transporte que hoy reciben los municipios.»...

*María Helena Giraldo, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

TERRITORIOS INDÍGENAS

Prestación del servicio de salud

15 de agosto de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1443 (1443)

...« De conformidad con el ordenamiento jurídico transcrito, la Sala considera que la normatividad para los asuntos indígenas está sometida a un régimen jurídico especial por disposición constitucional, legal y por instrumento internacional al cual Colombia está comprometida.

Ese régimen jurídico especial está integrado además de los mandatos constitucionales, por las normas específicas que sobre asuntos indígenas prevé la ley 715, la cual en su carácter orgánica tiene mayor jerarquía normativa en la hermenéutica jurídica de las disposiciones de las demás leyes tanto de la ley especial proferida en materia de salud para las comunidades indígenas proferida por el legislador mediante la ley 691 de 2001 como de ley 100 de 1993, que por su ámbito y trámite es de carácter general y ordinario.

De acuerdo con ese régimen jurídico especial, los resguardos indígenas mientras no se constituyan en entidades territoriales, de conformidad con la ley de ordenamiento territorial, son beneficiarios del sistema general de participaciones de los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales para atender los servicios de salud, según lo establezca la ley, de acuerdo a la reforma constitucional prevista en el acto legislativo 01 de 2001.

Asimismo, de conformidad con ese régimen jurídico especial las IPS-I hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 25 de la ley 691 de 2001 y 54 de la ley 715 de 2001, el cual señala que para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras

del régimen subsidiado con las IPS públicas, se entenderá como parte de la red pública, a las IPS creadas por las autoridades de los pueblos indígenas.

(...)

Para la Sala resulta claro que las IPS-I creadas en los resguardos indígenas que hagan parte de la jurisdicción de un municipio o distrito, son IPS-I del orden municipal o distrital, pese a que no son creadas como entidades descentralizadas por el municipio o distrito, esto es empresas sociales del Estado; las IPS-I son de esos órdenes porque el régimen jurídico especial que regula los asuntos indígenas así lo permite. Es decir, son del orden municipal o distrital por el ámbito de su competencia, no por la forma como se establecen, pues, éstas tienen existencia legal distinta a las demás entidades descentralizadas municipales o distritales, incluidas las IPS y las empresas sociales del Estado, reguladas por la ley 100 de 1993.

(...)

En consecuencia, el artículo 51 de la ley 715 de 2001 y demás normas concordantes del régimen de salud de los pueblos indígenas, permiten la contratación de las ARS del régimen subsidiado con IPS indígenas, siempre y cuando la prestación del servicio de salud esté dirigido a la población indígena para la cual se creó la IPS-I, en la medida que esa es la forma legal que se establece para respetar los usos y costumbres de la medicina tradicional de esa comunidad.

Medicina tradicional y régimen jurídico que por esencia no sería aplicable a la prestación del servicio de salud a otro tipo de población, caso en el cual la IPS-I, entraría en igualdad de condiciones con las demás IPS, en el evento de que tuviera la capacidad técnica y científica para atender las necesidades de salud de la población municipal o distrital que no ostente la condición indígena. Ello es así, porque la IPS-I, no puede beneficiarse del régimen jurídico especial que ampara a los pueblos indígenas en la prestación del servicio de salud a población distinta a ellos en perjuicio de las demás IPS, establecidas conforme al ordenamiento jurídico señalado por la ley 100 de 1993.

Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 83 de la ley 715 señala como deben administrarse los recursos para la prestación del servicio de salud en las comunidades indígenas, según el cual se trata de una administración concertada entre las autoridades de los resguardos y la entidad territorial respectiva, mediante una relación contractual, pues, por

disposición de la ley orgánica esos recursos deben destinarse para satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado. El precepto contenido en el artículo 83 de la ley 715, por ser de carácter orgánico, posterior y especial para las comunidades indígenas tiene mayor jerarquía jurídica que el contemplado en el artículo 215 de la ley 100 de 1993, sobre la forma de administrar el régimen subsidiado.

(...)

De otra parte, la Sala considera que las facultades constitucionales dadas al Gobierno por el artículo 56 transitorio, están condicionadas a la expedición de la ley a que se refiere el artículo 329 de la Constitución Política; por ello, mientras tal ley no se expida, el Gobierno conserva las facultades para dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales. Reglamentación que resulta necesaria, pues, la hasta ahora expedida se fundamentaba en el artículo 25 de la ley 60 de 1993, la cual sufrió el fenómeno jurídico del decaimiento con la derogación de la ley 60 de 1993 hecha por la ley 715 de 2001...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

TERRITORIOS INDÍGENAS

Universidades indígenas

3 de octubre de 2012

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00065-00 (2116)

...« Así las cosas, si bien es cierto que dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación es necesario contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, no puede pasarse por alto que la preservación de tal diversidad cuando pugna con otros intereses puede ser restringida válidamente si ello es necesario para salvaguardar un interés de superior jerarquía, siempre que la medida sea lo menos gravosa posible.

Ahora bien, existe el interés superior de que la educación sea de calidad, y para garantizar que así sea, corresponde al Estado regular, inspeccionar y vigilar la prestación del servicio.

En términos de calidad, el artículo 6 de la ley 30 de 1992 la educación superior tiene entre objetivos, los de capacitar para cumplir las funciones profesionales, investigativas y de servicio social que requiere el país, desarrollar y transmitir el conocimiento en todas sus formas y expresiones, promover la unidad nacional, la descentralización, la integración regional y la cooperación interinstitucional, e incentivar la formación y consolidación de comunidades académicas y la articulación con sus homólogos a nivel internacional.

Esta Sala ha dicho que los títulos académicos están directamente relacionados con el conocimiento de un saber que habilita a quien lo tiene para asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de una tarea, y permiten tener certeza de que existen competencias académicas suficientes para ello, con las cuales se garantizan niveles mínimos de atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

Por lo anterior, es menester que el Estado exija requisitos para el reconocimiento de universidades indígenas propias, con el fin de garantizar estándares mínimos de calidad de formación, y hacer que los recursos académicos, tecnológicos y científicos confieran a sus egresados unas condiciones tales, que les permita competir con los demás miembros de la comunidad universitaria nacional e incluso internacional. Así las cosas, no sólo es posible la exigencia de requisitos especiales para el reconocimiento de universidades indígenas, sino que éstos no pueden ser menores a los que se demandan de las otras universidades para garantizar una educación de calidad.

(...)

Anota la Sala que la autonomía que el ordenamiento confiere a las universidades, según ha dicho la Corte Constitucional, no las califica como órganos soberanos de naturaleza supraestatal ni les otorga una competencia que desborde los postulados jurídicos, sociales o políticos que dieron lugar a su creación, puesto que *“cualquier entidad pública [o privada] por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley”*.

De la normativa descrita se concluye que el Estado sólo puede reconocer las universidades indígenas en la medida que sean creadas por el Congreso Nacional, las asambleas departamentales, los concejos distritales o municipales, o las entidades territoriales, de conformidad con las exigencias que fije la ley, previo cumplimiento del procedimiento de consulta previsto en el artículo 27 del Convenio 169 de la O.I.T.

Así las cosas, esas universidades, si no se ajustan a los requisitos de ley, tampoco podrán recibir recursos públicos, pues la ejecución presupuestal tiene una regulación imperativa con autorizaciones jurídicas para el manejo y distribución del gasto.

En efecto, no debe perderse de vista que el presupuesto es un asunto de la mayor trascendencia e importancia por cuanto que es una herramienta macroeconómica para el logro de los objetivos estatales, que por demás justifica que para su elaboración y ejecución existan procedimientos rigurosos. Así, no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas. No se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos (artículo 345 C.P.), que debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (artículo 346 C.P.). En la

ley de apropiaciones no se puede incluir partidas que no correspondan a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a ley anterior, a uno propuesto por el Gobierno para atender el funcionamiento de las ramas del poder público, al servicio de la deuda o a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo (artículo 346 C.P.). También se dispone que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, etc. »...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
William Zambrano Cetina*

CONSULTA PREVIA

*Efectos de la decisión de la comunidad indígena de no participar
en la consulta previa*

2 de febrero de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00007-00(1708)

...«Es claro que aunque la negativa expresada por las comunidades indígenas a un determinado proyecto, o su reiterada voluntad de no participar en un proceso de consulta previa, no constituyen elemento suficiente para impedir el desarrollo de un proyecto de exploración sísmica u otros similares, necesarios para atender el interés general y el progreso de la sociedad, ello no obsta para que en los estudios y autorizaciones ambientales, sociales y culturales, se adopten medidas necesarias para la mitigación de los efectos sobre su integridad étnica, social, cultural y económica, debiendo acoger las observaciones y objeciones. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

CONSULTA PREVIA

Derecho fundamental en favor de pueblos indígenas

30 de agosto de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290)

...« [E]l 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 manifiestas 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.

(...)

Así las cosas, la consulta previa a las comunidades étnicas en relación con las 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; y (ii) como derecho de las comunidades étnicas, en su condición de grupos humanos sobre los cuales recae una protección constitucional y convencional reforzada.

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), sino el entendimiento que son grupos humanos que tienen derecho a la subsistencia y a la preservación de su autonomía, cultura, formas de vida y costumbres propias.

(...)

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”.

(...)

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 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.

(...)

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”; 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, así como la autonomía de las comunidades étnicas y su especial relación con la tierra y los recursos naturales.»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.*

B. COMUNIDADES NEGRAS

COMUNIDADES NEGRAS

*Registro de organizaciones de base. Inscripción
de organizaciones ubicadas en las zonas urbanas*

13 de julio de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00062-00(1754)

...«En efecto, en una mirada de conjunto, se evidencia que el legislador, aparte de precisar y delimitar los derechos de las comunidades negras consagrados en el artículo 55 transitorio de la C.P., creó los mecanismos legales para hacerlos efectivos. Entre los principales mecanismos se encuentra, por una parte, la formación de Consejos Comunitarios como organismos de administración interna cuya función esencial es el manejo de la propiedad colectiva de las tierras adjudicadas, siendo, además, los encargados de preservar la identidad cultural para lo cual se les asignan responsabilidades especiales y, por otra parte, el reconocimiento del derecho de participación en la toma de las decisiones que afectan esas comunidades, al crear instancias como la Comisión Consultiva de Alto Nivel y la representación en los consejos nacional y territoriales de Planeación (artículo 48), entre otras.

(...)

Ya se dijo que el decreto 2248 de 1995, creó y reglamentó un registro único nacional de organizaciones de base de las comunidades negras, en el cual podrán inscribirse las organizaciones que reivindiquen y promuevan los derechos territoriales, culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales, la participación y la toma de decisiones autónomas de las Comunidades Negras y que tengan más de un año de haberse conformado (artículos 13 y 15).

La Sala observa que la forma en que se creó y reglamentó este registro único, permite la inscripción de todo tipo de organizaciones de comunidades negras que cumplan los requisitos mencionados en el artículo 13. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, es claro que un registro en donde se mezclen indiscriminadamente los Consejos Comunitarios de ley 70 con otras organizaciones, aunque en sí mismo no podría tacharse de ilegal, sí genera confusiones para el ejercicio de los derechos concedidos a los Consejos Comunitarios de la ley 70, según se ha visto.

En este orden de ideas, la Sala conceptúa que el problema jurídico sobre la inscripción en el registro y sus efectos, puede solucionarse por la vía reglamentaria, creando un registro exclusivo para los Consejos Comunitarios, como únicas organizaciones de base de estirpe legal y beneficiarias de los derechos estatuidos en el artículo 55 Transitorio y en la ley 70 de 1993. A este registro se trasladarían las inscripciones vigentes de los Consejos Comunitarios y las nuevas, si acaso se presentan. Así las cosas, el registro actual puede conservarse y surtir sus efectos como base de datos para certificar la existencia de las organizaciones, limitándolo a los derechos que para las comunidades negras (urbanas y rurales) en general, concedan leyes diferentes a la ley 70 y los programas de acciones afirmativas. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

COMUNIDADES NEGRAS

Derecho a la propiedad colectiva

24 de agosto de 2006

Radicación: 1001-03-06-000-2006-00082-00(1768)

...«Ahora bien, la Sala observa que este artículo [artículo 4° de la Ley 70 de 1993] al utilizar la expresión “el Estado **adjudicará** a las comunidades negras...”, forma verbal imperativa, constituye, por una parte, un mandato de obligatorio cumplimiento para la administración y por otra, mantiene la destinación constitucional de dichas tierras para ser adjudicadas únicamente a las comunidades negras a través del procedimiento administrativo que señale la misma ley. En esto consiste la protección especial a esas comunidades contenida en la Constitución y la ley. Interpretarlo en el sentido de que las tierras destinadas a las comunidades negras sean susceptibles de adjudicación a otras personas, además de contradecir la normatividad, llevaría a que la protección perdiera su especialidad y simplemente a estas comunidades se les daría el mismo trato que a cualquier ocupante de tierras baldías.

(...)

3.7 El derecho constitucional a la propiedad colectiva se reconoce únicamente a las comunidades negras.

La consulta formula el interrogante de saber si el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER, está limitado para adjudicar las tierras baldías en zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, solamente a las comunidades negras que las han ocupado y explotado conforme a sus métodos tradicionales de producción, o si por el contrario, puede adjudicarlas a otra clase de grupos, como son la población campesina o desplazada o a personas reinsertadas en el marco de un proceso de paz.

(...)

Lo anterior significa que las tierras baldías rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico que han sido ocupadas ancestralmente por las comunidades negras son inadjudicables a otros grupos de población, y si llegaren a adjudicarse por cualquier motivo, la decisión está viciada de nulidad y puede demandarse o solicitar su revocatoria directa conforme a la disposición transcrita.

De otra parte, es bueno anotar que por su naturaleza de inadjudicables a personas o grupos diferentes a las comunidades negras, las tierras ocupadas de buena o mala fe deben ser restituidas a las comunidades negras adjudicatarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 160 de 1994, sobre reforma agraria...»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

V. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

NACIONALIDAD

Al ser la nacionalidad un derecho adquirido, no puede perderse por una ley posterior

13 de septiembre de 1897

...«El caso sometido a nuestro estudio es el siguiente: El señor José María Díaz Granados, hijo legítimo de los señores Pedro Díaz Granados y Manuela Martínez de Aparicio, naturales ambos de Colombia, nació en París el 8 de mayo de 1858, siendo su padre á la sazón nuestro Cónsul General en aquella metrópoli. El señor José María Díaz Granados reside en el Ecuador desde 1876, no ha venido nunca á Colombia, no tiene carta de naturaleza de ningún país, y consta en los archivos de nuestra Legación en Francia y nuestro Consulado en París, que él ha reclamado constantemente el ser reconocido como ciudadano colombiano. ¿Es ó no colombiano el señor Díaz Granados?

(...)

Como nuestra Constitución de 1853, que era la que regía cuando nació el señor Díaz Granados, dice en su artículo 2º: “Son granadinos: 1º Todos los individuos nacidos en la Nueva Granada y los hijos de éstos,” dicho señor nació colombiano.

La Constitución de 1858, que fue la que rigió inmediatamente después de la de 1853, dice: “Artículo 3. *Son granadinos:...*2. *Los que nazcan en territorio extranjero de padres granadinos...* 4. *Los que no estando comprendidos en los incisos anteriores, tengan las cualidades de granadinos según la Constitución de 1853.* Artículo 4. ° *Se consideran como granadinos de nacimiento: 1º Los nacidos ó que nazcan en el territorio de la confederación, y los hijos de granadinos nacidos ó que nazcan en territorio extranjero.*” Esta Constitución, como se ve, no sólo no le quito al Señor Díaz Granados el carácter de nacional colombiano que adquirió por

la Constitución de 1853 y que conservó durante su vigencia, sino que lo declaró colombiano de nacimiento.

La Constitución de 1863 dice: “Artículo 31. Son colombianos: ...2. Los hijos de padre ó madre colombianos, hayan ó no nacido en el territorio de los Estados Unidos de Colombia, si en el último caso vinieren a domiciliarse en éste” pero como el artículo 24 de la misma está concebido así: Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo en el Gobierno general ni en el de los Estados, excepto en materia penal,” la condición del domicilio á que se refiere el artículo 31 citado, no fue aplicable al Señor Díaz Granados. La Constitución de 1863 entró, pues, á regir, dejándole á aquél intacto su derecho de nacional colombiano, adquirido, como queda demostrado, por la Constitución de 1853, y ratificado por la de 1858.

Ahora, examinemos si el señor Díaz Granados perdió su carácter de colombiano durante la vigencia de la Constitución de 1863. Esta señala como casos en que se pierde la nacionalidad, los comprendidos en los artículo 32 y 88 a saber: “Artículo 32. Pierden el carácter de colombianos los que fijen su domicilio y adquieran nacionalidad en país extranjero. Artículo 88. Es prohibido a los colombianos admitir empleos, condecoraciones, títulos o rentas de Gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso: el que contra esta disposición lo hiciere, perderá la calidad de colombiano.” En ninguno de los dos casos se halló el señor Díaz Granados. No en el primero, porque para estar comprendido en él se necesitaban dos condiciones á la vez: tener domicilio extranjero y haber adquirido nacionalidad extranjera; por el contrario, consta que ha estado reclamando siempre que se le reconozca como colombiano. Tampoco en el segundo, porque no ha admitido empleos ni condecoraciones de Gobiernos extranjeros, sino que ha vivido consagrado al comercio, profesión que, según parece, le ocasionó la fijación de domicilio fuera del país.

Además el artículo 3º de la Ley 1ª de 1883, dijo: “Artículo 3º. Los individuos que, al tiempo de ponerse en su vigencia la Constitución de 1863, estaban en posesión de la cualidad de granadinos por filiación, según lo dispuesto en alguna de las anteriores Constituciones del país, no han necesitado ni necesitan obtener carta de naturaleza para ser reputados como colombiano.” Tal ley fue promulgada en el citado año de 1883, y por consiguiente, surtió entonces sus efectos respecto del señor Díaz Granados, quien, sin duda, se hallaba en el caso del artículo transcrito. Tenemos pues que el señor Díaz Granados conservó su nacionalidad colombiana durante la vigencia de la Constitución de 1863, o sea hasta que empezó a regir la actual de 1886. Esta dice: “Artículo 8. Son nacionales colombianos: 1. Por

nacimiento: Los hijos legítimos de padre y madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República, se considerarán colombianos de nacimiento para los efectos de las leyes que exijan esta calidad.”

Pero tal disposición, que exige el domicilio á los hijos legítimos nacidos en el extranjero de padres colombianos para considerarlos como nacionales de Colombia, no fue aplicable al señor Díaz Granados, porque la misma Constitución adoptó, como la de 1863, la doctrina de la irretroactividad, consignándola en su artículo 31, así: “Artículo 31. *Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.*” Por tanto, los derechos de nacional colombiano adquiridos por el señor Díaz Granados desde su nacimiento y conservados hasta entonces, quedaron á salvo. El señor Díaz Granados continuó, pues, siendo colombiano conforme á la Constitución de 1886.

Ahora bien, el artículo 9º de la misma está concebido así: *Artículo 9. La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturaleza en país extranjero, fijando en él domicilio, y podrá recobrase con arreglos a las leyes.*” El señor Díaz Granados no ha adquirido carta de naturaleza en ningún país extranjero, luego no ha perdido conforme a la Constitución la nacionalidad colombiana. Él ha estado solicitando constantemente que se le reconozca su carácter de colombiano. Esto consta en los archivos de nuestra Legación en Francia y de nuestro Consulado general en París. El mismo expediente sobre que versa el presente informe ha sido creado en virtud de poder otorgado por él en Guayaquil, su actual residencia, y conferido por el señor D. Guillermo Torres, de esta ciudad, con el objeto de obtener tal reconocimiento.

La Ley 145 de 1888 dice: “Artículo 1º. *Son extranjeros en Colombia los individuos no comprendidos en los casos especificados en el artículo 8o de la Constitución.*” Como la Constitución (artículo 31), según acabamos de ver, fijó la doctrina de que las leyes no tienen efecto retroactivo contra derechos adquiridos, es indudable que el derecho de nacional colombiano adquirido con tanta anterioridad á dicha ley por el señor Díaz Granados, permanece inalterable. (...)

El Consejo de estado conceptúa que el señor José María Diaz Granados, nacido en Paris el 8 de mayo de 1858, hijo legítimo de los señores Pedro Díaz Granados y Manuela Martinez de Aparicio, ambos naturales de Colombia, es colombiano»...

Ignacio Neira

NACIONALIDAD

Recuperación. Trámite. Concepto de nacionalidad.

23 de julio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N859(859)

...«Concebida la nacionalidad como un vínculo que liga al individuo con el Estado, de naturaleza fundamentalmente jurídico-político, aunque tiene también connotaciones sociológicas (factores históricos, de costumbres, de creencias, de raza y de identidad idiomática), en su modalidad originaria se otorga por el Estado a la persona conforme a ciertos criterios predeterminados generalmente en la Constitución, pero en su modalidad derivada, o “por adopción”, implica un acuerdo de voluntades: el individuo manifiesta su voluntad de ser ciudadano de un Estado determinado, para lo cual deberá cumplir con los requisitos previos que éste establece en la Constitución o la ley, después de lo cual la autoridad ejecutiva expide la correspondiente carta de naturalización o autoriza su inscripción como nacional.

Conforme al derecho interno del respectivo país, se admite en la generalidad de los casos la posibilidad de su recuperación, ya en el supuesto de pérdida de la nacionalidad por haberse adquirido otra, o bien por haberse renunciado a ella, pues la pérdida por decisión del Estado - admitida por ciertas legislaciones - suele apartarse de la regla general. En Colombia, donde según la Constitución Política la nacionalidad es susceptible de recuperarse “con arreglo a las leyes”, éstas (ley 43 de 1993 y decreto 207 del mismo año) han dispuesto determinados requisitos, que son más rigurosos para el colombiano por adopción que para el colombiano por nacimiento; para el primero, en efecto, además de acreditar nuevo domicilio en el país con antelación no inferior a un año, se exige que presente su certificado de buena conducta y antecedentes judiciales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Si bien el aludido certificado no es exigible a quienes fueron colombianos por nacimiento, éstos deben manifestar “su voluntad de respetar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República”. Esa manifestación de

voluntad de respetar y acatar la Constitución y las leyes, no puede ser meramente simbólica, o de “labios para afuera”; por el contrario, es menester que sea expresión de un obrar con rectitud y, por tanto, exenta de vicios que impliquen una violación objetiva de la ley. Para ello debe estar respaldada por hechos concomitantes de la realidad vivencial del declarante. Porque es incoherente invocar el acatamiento a la Constitución y a la ley, cuando al mismo tiempo se está violando la Constitución o la ley en materia grave, como son las infracciones a la ley penal. (...)

A la persona que tuvo la nacionalidad colombiana por nacimiento, que pretende la recuperación de la misma, no se le exige la presentación del certificado de buena conducta y antecedentes judiciales, como ocurre con el nacional por adopción. Pero si la autoridad competente para decidir sobre ella, tiene conocimiento de que el solicitante se encuentra sub judice, por asunto de naturaleza penal, podrá pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 01 de 1984), que forma parte de las normas comunes a los capítulos denominados “Del derecho de petición en interés general” y “Del derecho de petición en interés particular”. En este caso, el plazo de 5 días hábiles que se tiene para resolver, se prorroga, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo, como que la actuación administrativa se cumplirá entonces “sin formalidad ni término especial”.

(...)

En tratándose de las teorías sobre abuso del derecho y fraude a la ley, incorporadas a la práctica jurisprudencial y doctrinaria - aunque a la legislación colombiana sólo en casos específicamente considerados -, su relación con la decisión administrativa consistente en admitir o denegar la solicitud de recuperación de la nacionalidad colombiana, sólo es pertinente cuando el abuso degenera en actuaciones delictuosas, debidamente acreditadas o el fraude conduzca a una conducta sancionada por la ley penal.

La solicitud de recuperación de la nacionalidad colombiana no da lugar a entramamiento alguno cuando se trata de personas que, por encontrarse en condiciones de normalidad, obran de buena fe. Pero si el solicitante tiene deudas pendientes con la justicia penal, esta situación le impide hacer una manifestación de voluntad coherente con su conducta y en el sentido de “respaldar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República”.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

NACIONALIDAD

*Requisitos para su otorgamiento.
Hijo de padres colombianos, nacido en el exterior*

22 de abril de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999N1183(1183)

...«El otorgamiento de la nacionalidad colombiana al hijo de padres colombianos nacido en el exterior. “La nacionalidad - como lo expresó la Sala en ocasión anterior - ha sido considerada por la doctrina como un vínculo de doble carácter político y jurídico; el primero es la sujeción del individuo a un Estado, y el segundo el estatus que otorga tal vínculo, esto es, que lo erige en sujeto de derechos y obligaciones” .

La Constitución Política de 1991 es más amplia que la Constitución de 1886 en cuanto al tema de la nacionalidad. Instituyó el principio de la doble nacionalidad, que consiste en que la nacionalidad colombiana no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad, principio que se aplica también a los extranjeros que adopten la nacionalidad colombiana, y la prohibición expresa de la privación de la nacionalidad de los colombianos por nacimiento.

El artículo 96 del nuevo ordenamiento constitucional determina cuáles son las personas a las que se les confiere la nacionalidad colombiana por nacimiento y cuáles a las que se les reconoce tal nacionalidad por adopción.

Dentro de los nacionales colombianos por nacimiento, la Carta señala, como es obvio, a los naturales de Colombia, esto es, a los nacidos en el país, que tengan cualquiera de estas dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento” (lit. a) num. 1º art. citado).

La Constitución comprende en la nacionalidad por nacimiento a “los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República”, según la disposición contenida en el literal b) del numeral 1° del referido artículo, la cual es igual a la establecida en los mismos literal y numeral del artículo 8° de la Constitución de 1886.

Como se advierte, para tener derecho a la nacionalidad colombiana, la norma constitucional vigente exige el requisito del domicilio posterior en el país, de la persona nacida en el exterior, descendiente de padres colombianos. Dicha exigencia es la que motiva la consulta.

La mencionada situación conjuga dos de los factores que la doctrina jurídica internacional ha aceptado, para conferir la nacionalidad de un Estado, el jus sanguinis, por la nacionalidad de al menos uno de los padres, que debe ser colombiano y el jus domicili, por el hecho de que la persona debe domiciliarse después en Colombia”.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

NACIONALIDAD

Medios para acreditar la condición de nacional colombiano

1 de abril de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1560

...« La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la asamblea general de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 15 consagra que “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que a “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. En igual sentido se pronuncia el artículo 20 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José, aprobado por el Congreso de la República mediante la ley 16 de 1972 .

(...)

[Q]ue de conformidad con las nítidas voces de la norma transcrita, los medios de prueba para acreditar la condición de nacional colombiano, están taxativamente determinados por el legislador, y ellos son la cédula de ciudadanía, la tarjeta de identidad y el registro civil, para los menores de siete (7) años acompañado de la prueba de domicilio cuando sea el caso. Tales instrumentos son directos, principales, plenos y completos para producir el convencimiento o la certeza sobre el vínculo jurídico y político entre una persona y el Estado. Otra cosa, como se verá, es que el funcionario a quien corresponde expedir estos documentos - Registrador, Notario o Cónsul, según el caso - pueda y deba dar fe sobre los mismos, en el evento en que los interesados o las autoridades lo requieran. Con todo, el artículo 21 del decreto ley 2150 de 1995 estatuye: “Prohibición de los certificados de vigencia. Prohíbese la exigencia y expedición de certificados de vigencia de los documentos de identidad.”

De otra parte resulta pertinente señalar que de conformidad con el decreto 2250 de 1996, artículo 1°, “el pasaporte es el documento de viaje que identifica a los colombianos en el exterior”. Excepcionalmente el legislador faculta a las personas para identificarse con documentos distintos a la cédula de ciudadanía - art. 24 decreto ley 960 de 1970 -.

(...)

En estas condiciones el Registrador Nacional del Estado Civil puede expedir certificaciones sobre “los negocios que les están confiados por razón de su empleo”, dentro de los cuales están los relativos a la preparación, tramitación, expedición de duplicados, rectificación, altas de cédulas de ciudadanía y tarjetas de identidad - art. 26.11 dec. 2241/86 - , documentos estos últimos predeterminados por el legislador para probar la nacionalidad.

En relación con el registro civil, el decreto 1260 de 1970, en sus artículos 11 , 17, 18, 28, 44, 46, 47, 48, 49, 101 y 118 entre otros, reglamenta a quien corresponde expedirlo y la forma como debe hacerse. Así, el artículo 118 consagra que son encargados de llevar el registro civil de las personas dentro del territorio nacional los notarios y en el exterior los funcionarios consulares y el artículo 1° del decreto 1534 de 1989, prescribe que “Los Secretarios de las notarías podrán autorizar por delegación y bajo la responsabilidad del respectivo notario, las copias referentes a (...) los folios del registro civil que reposan en la misma notaría, con las limitaciones establecidas para este último caso en el Título XI del Decreto 1260 de 1970 y en el artículo 1° del Decreto 278 de 1972.

(...)

En conclusión: la nacionalidad se prueba mediante los documentos previstos en el artículo 3° de la ley 43 de 1993. Es obligación de quien expide tales documentos dar fe sobre los mismos. Sobre el particular, vale la pena señalar además que de conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil “Tienen el carácter de documentos públicos: (...) 2. Las certificaciones que expidan los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos. 3. Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

CIUDADANÍA

Nombre de mujer casada

13 de agosto de 1982

Radicación: 23-CE-SC-EXP1982-N1757

...« El señor Ministro de Justicia eleva a la Sala la siguiente consulta: Conforme a la legislación actualmente vigente, ¿resulta obligatorio o no para la mujer casada, el adicionar su apellido con el de su marido, precedido de la partícula “de” en la cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil? En el evento de que no sea obligatorio para la mujer casada adición del apellido del marido puede ésta voluntariamente solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, dicha adición en su documento de identidad, y en caso afirmativo, ¿qué procedimiento afirmativo puede seguirse para tal fin? En la situación de que una mujer casada tenga en su documento de identidad adicionado el apellido del marido, precedido de la partícula “de” ¿qué procedimiento debe seguirse para la supresión de dicho apellido? La anterior consulta se debe a las dificultades de interpretación del Decreto 1260 de 1970, derogatorio del Decreto 1003 de 1939 frente a la expedición de cédulas de ciudadanía por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

(...)

La Constitución Nacional en su artículo 50 prescribe: Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes. Esta norma tuvo su desarrollo legal y por el artículo 31 del Decreto 1003 de 1939 que impuso la obligatoriedad para la mujer casada o viuda de adicionar su nombre con el apellido del marido precedido de la partícula “de”. Esta obligación, rigió hasta el 27 de julio de 1970, fecha en que entró en vigencia el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expidió el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas el cual no hizo la menor alusión del nombre de la mujer casada, y además, en su artículo 123 derogó expresamente, entre otros, el Decreto 1003 de 1939.

En consecuencia, ante la derogatoria expresa antes mencionada, es de concluirse que conforme a la legislación actualmente vigente no es obligatorio para la mujer casada el adicionar su nombre con el apellido de su marido precedido de la partícula “de”. De otra parte, dicha adición resultaba siendo solamente un requisito formal impuesto por la ley, pero sin significado alguno de fondo dentro del seno de la organización familiar que tiene su origen primario en la institución matrimonial. Así resulta claro que no se modifica en modo alguno, lo que sociológicamente es una institución por la que un hombre y una mujer aceptan vivir juntos haciendo comunidad de personas, de bienes, de hijos, de éxitos y de fracasos. Por el contrario la adición al nombre de la mujer casada con el apellido del marido precedido de la partícula “de” obedecía más bien a la situación de que la mujer casada dependía totalmente del marido, sin que el trato que se le diera fuera de persona sino de un objeto que pertenecía en este caso al marido, se trataba de un concepto de pertenencia por lo que la legislación actual en este sentido tuvo un avance positivo, sin que dicho avance hubiera sido paralelo al avance acelerado de la sociedad.

(...)

La mujer casada que adicionó su nombre, conforme al mandato expreso del artículo 31 del Decreto 1003 de 1939, puede obtener la supresión de dicha adición recurriendo a la jurisdicción ordinaria, mediante proceso de jurisdicción voluntaria y una vez en firme la sentencia que ordena la supresión mencionada, podrá pedir en la oficina correspondiente de la Registraduría del Estado Civil la modificación de que se trata, en su documento de identidad. Igual procedimiento debe observarse cuando voluntariamente la mujer casada pretenda adicionar su nombre con el apellido del marido»...

*Oswaldo Abello Noguera, Jaime Betancur Cuartas,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

CIUDADANOS COLOMBIANOS CON DOBLE NACIONALIDAD

Acceso al desempeño de cargos o funciones públicas

23 de febrero de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1998-N616

...«Por mandato de la Carta Política todo ciudadano colombiano goza del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. No obstante, la propia Constitución defiere a la ley el establecimiento de un régimen de excepción al mencionado principio pero específicamente referido a los colombianos por nacimiento o por adopción que tengan una doble nacionalidad. La ley 43 de 1993 en sus artículos 28 y 29 contempla las excepciones, para el desempeño de funciones o cargos públicos, por parte de nacionales colombianos por adopción, o de éstos con doble nacionalidad. Sin embargo, en lo que hace relación a los nacionales colombianos por nacimiento que hayan adoptado una segunda nacionalidad no se ha limitado el ejercicio o desempeño de funciones o cargos públicos; más aún, la misma ley consagró que los nacionales por nacimiento que adquieran otras nacionalidades no pierden por ello los derechos civiles y políticos que les reconoce la Constitución y la legislación colombiana. Para un mayor abundamiento debe anotarse que la ley puede crear excepciones al ejercicio o desempeño de funciones o cargos públicos para los nacionales colombianos por nacimiento; no obstante, la ley 43 de 1993 no consagró ninguna restricción al respecto. En consecuencia, mientras no exista una disposición expresa de origen legal que limite a los nacionales colombianos por nacimiento con doble nacionalidad el acceso al desempeño de cargos o funciones públicas, éstos gozan del derecho establecido en el artículo 40 numeral 7 de la Constitución.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

VI. CONFLICTO ARMADO

SITUACIÓN DE CONMOCIÓN INTERIOR

*Noción de gobierno de hecho y de derecho.
Solicitud de revocatoria de expulsión de ciudadanos*

30 de agosto de 1830

Gaceta: 524

...«Decidida así la cuestión de orden se comenzó la discusión en el fondo de la materia por el señor Sotomayor, que juzgaba haber un gobierno de hecho i de derecho, porque aunque han existido los actos hostiles, i de destrucción que hemos presenciado, no se ha declarado que no hai gobierno, sino antes bien los comprendidos en la conmocion afortunadamente protestan obedecerles, opinaban también que no debía servir de obstáculo el que S.E. el presidente hubiese firmado el convenio del 28 de los corrientes en que se hallan cosas anticonstitucionales, porque habiendo sido por la fuerza, el no puede ser obligatorio i en la primera oportunidad lo declara así. Adujo el ejemplo de Carlos 3º que en Madrid en el año de 766 o de 776 tuvo que consagrar en proposiciones duras que le impusieron los autores de una sublevación que hubo entonces, i sin embargo después que mudó su situación, se consideró i declaró con derecho a negarse al cumplimiento. Añadió que todas las providencias obedecen al gobierno: que los pueblos concebirán alguna esperanza de la terminación de sus males viendo continuar en el mando las personas elejidas por la nación; que teniendo que escojer entre dos males debía elejirse el menor, mayormente cuando no se sigue aprobó alguno de esa continuación, i si mui grande de abandonar las riendas del gobierno. Concluyo diciendo que en su opinión debía S.E. el presidente de la República continuar ejerciendo sus funciones mientras no sea abiertamente desobedecido.

El señor Gutiérrez que coincidía con la opinión anterior añadió para corroborarla, que existiendo en el país varios ministros i representantes de naciones extranjeras, si no hubiese un gobierno de hecho habrían dado pasos para retirarse del país, como era de su deber en caso semejante. El señor Borrero opinaba también que existía de hecho el gobierno, pues aunque una fuerza ha destruido i vencido las que lo sostenían, esa misma fuerza protesta obedecerle i debe tentar los medios de hacer que esta propuesta se realice, lo cual aún no se ha aprobado; que aun cuando hubiese un desconocimiento absoluto, no por eso dejaría de existir de hecho el gobierno mientras hubiese un solo ángulo libre en la República en donde fuese respetado, a cuyo punto debe retirarse el gobierno en el evento de que se le desconozca en la capital, para que se encuentre siempre el origen de la conservación del orden publico i de la existencia del cuerpo político, el punto de reunión de los buenos patriotas , que le seguirían para oponerse a las miras de destrucción i anarquía: que si el gobierno tomase la resolución de abandonar los departamento a su propia suerte, sería responsable ante Dios i ante los hombres de los males inmensos que se seguirían: que supuesta la protesta de obediencia que hacen los jefes i oficiales que han entrado en la plaza, debe exigir el gobierno una revocatoria del convenio forzado de 28 del presente mes por contener puntos inconstitucionales, i exigir también que la fuerza armada se ponga a su disposición continuando entonces en el mando conforme a la constitución; pero en caso de ser desobedecido, que también continúe, no en la capital, sino en otro lugar libre hasta la reunión de la convención que ha de convocarse, i de esta manera se evitara el que se erija un tirano prevalido del motivo plausible que encontraba al ver abandonado el país a su propia suerte. Asi es que la usurpación de Bonaparte hizo esclamar a los franceses cansados de la anarquía i de los desastres, que su tiranía era un beneficio acordado por la Providencia.

El señor Sotomayor volviendo a tomar la palabra recordó que en el año de 1816 tuvo la honra de pertenecer al congreso cuyo presidente era, i que en unión del gobierno marchó hasta Popayán habiendo sido invadido todo el territorio por los españoles, i que en este caso tan análogo al presente podía servir de ejemplo. El señor Restrepo dijo que no había variado de opinión, y que por tanto conceptuaba que el gobierno existía de hecho i de derecho, siendo su separación en su modo de pensar una deserción completa.

El señor Gómez espuso que había oído con gusto el discurso del señor Borrero tanto más cuanto veía que sus opiniones no diferenciaban sino en pocas palabras, i que procura no repetir lo mismo que antes ha dicho. Con

referencia al hecho citado del rei Carlos 3º cuando se vio precisado a convenir con las condiciones duras que le impuso el populacho amotinado dijo, que esto servía para vindicar la conducta del gobierno al ratificar por la fuerza el convenio de 28 ultimo el cual a ejemplo del mismo Carlos 3º no debiera llevarse a efecto; pero que en su opinión no es prudente desconocerlo, o revocarlo, sino mas bien por los medios suaves hacer que reunidos los jefes de los vencedores, se les haga ver lo inconstitucionales que son las estipulaciones con todo cuanto favorece i apoya la medida de la revocatoria, con la ignominia que de llevarlas a efecto se seguirá al gobierno, a la nación entera i a ellos mismos por defecto de jenerosidad. Que de este modo i los antecedentes que tiene de que el coronel Jimenez i otros convienen en que no se lleva a efecto la espulsion de los ciudadanos, i que han manifestado arrepentimiento de haber exigido las condiciones anticonstitucionales del convenio citado, no dudaba que se conseguiría el objeto, no por revocatoria, sino por conformidad de los mismos vencedores, i se salvaría el honor del gobierno comprometido en un impreso que ha circulado jeneralmente. Añadió que si no se lograba este paso, destruyendo los que se han dado contra la constitución no era posible que existiese el gobierno cuya denominación de poder ejecutivo basta para conocer que es el ejecutor de la constitución i de las leyes, holladas las cuales deja de ser ejecutor i se convierte en infractor de ellas. Finalmente se produjo sus proposiciones constantes del acta anterior, las cuales fueron adicionadas i modificada de diversos modos, quedando aprobadas en los términos que se dira, por todos los votos, a escepcion del señor presidente del consejo, que estuvo negativo en todo, menos en la ultima parte de la tercera proposición sobre que el gobierno se retire a un punto libre de la República.

Las proposiciones se aprobaron del siguiente modo: Que se consulte al ejecutivo:

1. Que el gobierno continúe en la capital entre tanto que no se violente a ningún acto inconstitucional o ilegal, no teniendo como se supone no tener, por haberlo así espresado el escino señor presidente, fuerza ninguna con que contrarrestar a cualquiera violencia.

2. Que supuesta la obediencia que el coronel Jiménez i demás jefes que le han acompañado protestan al mismo gobierno, este les exija la revocatoria de los actos inconstitucionales que contiene el convenio de 28 de los corrientes i mui particularmente el artículo 1º en que contra la constitución i la justicia natural se mandan espulsar once ciudadanos sin forma ninguna de proceso, persuadiéndoles de la necesidad i conveniencia de verificar este acto de justicia.

3. que en el caso contrario de que por dichos jefes no se acceda a la revocatoria de los actos inconstitucionales contenidas en dicho convenio, como también en el de que no sea respetado ni obedecido conforme a su dignidad i carácter, que en tal evento deben un conservarse el gobierno retirándose a un lugar libre donde su exigencia sea el punto de apoyo de la opinión nacional i unidad de la República para evitar los males de la anarquía mientras se reúne la convención en cualquiera de los dos casos de la lei de 11 de mayo último»...

Domingo Caicedo

INDULTO

Naturaleza jurídica

1 de abril de 1998

Radicación: CE-SC-RAD1998-N1086(1086)

...«El indulto es un beneficio excepcional en materia penal, por medio del cual se exime a una persona condenada por la comisión de un delito político de cumplir la pena que le fue impuesta.

Se encuentra consagrado en el artículo 78 del Código Penal, el cual trae la distinción entre amnistía e indulto: mientras la amnistía extingue la acción penal y la pena; el indulto, solamente la pena.

El indulto que puede conceder el Gobierno nacional se predica únicamente de personas que, por un delito político, han sido condenadas en materia penal mediante una sentencia que se encuentra ejecutoriada. Este es un requisito insustituible para iniciar cualquier actuación tendiente a la concesión o denegación del indulto.

La Constitución señala que el indulto debe concederse “con arreglo a la ley”, que para los efectos de la consulta es la ley 418 de 1997 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”; dicho estatuto derogó las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 sobre orden público y tiene una vigencia de dos años, a partir del 26 de diciembre de 1997 (arts. 131 y 132).

El artículo 50 de la ley 418 de 1997 establece la concesión del indulto en los siguientes términos:

“El Gobierno nacional podrá conceder, en cada caso particular el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su

criterio, la organización armada al margen de la ley a la que se le reconozca el carácter político, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales se les haya reconocido su carácter político y así lo soliciten, y hayan demostrado a criterio del Gobierno nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

No se aplicará lo dispuesto en este título, a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

De esta norma, se pueden destacar varios aspectos. En primer lugar, el indulto se concede “en cada caso particular”, esto es, caso por caso, previo el análisis del expediente judicial del solicitante y la verificación de si es procedente o no la concesión del indulto.

El indulto se otorga a los miembros de una organización armada que haya suscrito acuerdos con el Gobierno nacional para su reincorporación a la vida civil o a la persona perteneciente a una organización subversiva que, de manera voluntaria e individual, se presente a las autoridades y manifieste su deseo de hacer dejación de las armas y reincorporarse a la vida civil (parágrafo art. 53).

En cuanto a los delitos por los cuales procede el indulto, queda claro que son los delitos políticos indicados en la norma: rebelión, sedición, asonada, conspiración, conforme a la tipificación del Código Penal, y los conexos con éstos.

La conexidad se configura en los eventos contemplados en el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal. El vocablo “conexidad” deriva de “conexo”, que a su vez proviene del latín *connexus*, participio pasivo de “connectere” que significa unir y se aplica a la cosa que está enlazada o relacionada con otra. En materia penal se emplea para señalar el nexo lógico que une, ata o vincula un delito a otro.

Los elementos requeridos para configurar la conexidad han sido analizados por la jurisprudencia y la doctrina, y sus conclusiones, como criterio auxiliar de la actividad judicial que son, sirven para que en la investigación y fallo respectivos, se determine si aquellos se dieron en los

hechos constitutivos de los delitos por los cuales se procesa a una persona determinada.

Por consiguiente, es necesario verificar si la conexidad fue declarada en la sentencia. Si ello no fue así, es preciso analizar las pruebas recaudadas en el expediente y los medios probatorios indicados en el artículo 56 de la ley 418 de 1997, para establecer, como se dijo en el párrafo anterior, los elementos que integran la conexidad en relación con los hechos que tipifican los delitos por los cuales se condenó al solicitante del indulto.

(...)

Para la Sala, el párrafo del artículo 56 de la ley 418 de 1997 resulta de dudosa constitucionalidad por cuanto atribuye a un órgano administrativo, como lo es el Ministerio de Justicia y del Derecho, la facultad de establecer la “conexidad” a que se refiere el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, cuando esta función corresponde de manera ordinaria a un órgano judicial. La potestad constitucionalmente asignada al gobierno es la de conceder o negar los indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley; sin que esto signifique que puede sustituir la autoridad judicial, en una función que le es propia.

Ahora bien, la norma es tajante cuando excluye del beneficio los actos atroces y los de ferocidad o barbarie, así como los delitos de terrorismo, secuestro, genocidio, y homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión. Ante estos hechos de gran daño humano y social, lo procedente es denegar el indulto.

Otro aspecto esencial de la norma es que el indulto procede solamente respecto de colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, ya que si no existe esta providencia, no ha sido impuesta una pena y por lo tanto, sería imposible tratar de extinguir una pena inexistente por la vía del indulto.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

VÍCTIMAS DE SEQUESTRO Y DESAPARICIÓN FORZADA

Reconocimiento de indemnización por supresión del cargo

21 de octubre de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1597 (1597)

...« En el mismo sentido, la Corte Constitucional concluyó en el citado fallo C-400 que “todo trabajador que a esta fecha se encuentre secuestrado o haya sido desaparecido forzosamente tiene derecho a la continuidad en el pago de salario u honorarios hasta tanto se produzca su libertad, se compruebe su muerte, se declare su muerte presunta o concurra otra circunstancia que ponga fin a ese derecho y a la obligación correlativa del empleador”.

Dentro de las circunstancias de orden legal que ponen fin a la obligación correlativa del empleador, está la supresión del cargo por reestructuración. El artículo 125 constitucional establece que los empleos en los organismos y entidades del Estado, por regla general, son de carrera administrativa, y que el retiro procede además de las causales allí señaladas, por las demás “previstas en la Constitución o la ley”.

(...)

La Corte Constitucional en la sentencia C-370/99 declaró exequible la frase “o a recibir indemnización”, en razón a que constituye un instrumento eficaz para resarcir el daño que el Estado le ocasiona al empleado público perteneciente a la carrera administrativa con ocasión de la supresión del cargo que venía desempeñando sin interesar que esa decisión haya obedecido a claros fines de interés general o de mejoramiento del servicio.

Como la supresión del cargo constituye causal de retiro del servicio, conduce necesariamente a la terminación de la continuidad en el pago de los salarios y prestaciones del servidor público desaparecido o secuestrado,

pues no podría mantenerse dicha obligación frente a un empleo inexistente, cuando el artículo 122 de la Constitución prohíbe la provisión de cargos que no estén contemplados en la respectiva planta de personal ni previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gloria Duque Hernández, Flavio Rodríguez Arce.*

PROCESO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ

Acto de postulación

8 de junio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00052-00(2288)

...« Emerge entonces que el proceso penal especial de justicia y paz obedece a una decisión política y práctica del legislador, orientada hacia el logro de la paz, y enmarcado en el propósito de facilitar los diálogos, negociaciones y acuerdos en procesos de desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley.

(...)

Queda entonces dilucidado que la confección de la lista de postulados al proceso especial de justicia y paz es una actuación administrativa en cabeza del Gobierno Nacional, presidida por una valoración política encaminada al logro de la paz.

(...)

[L]a postulación al procedimiento penal especial de justicia y paz es un acto administrativo con el que concluye una etapa o fase administrativa, en la medida en que existe la manifestación de la voluntad de la Administración que crea una situación jurídica personal y concreta, pues solo aquellos postulados, una vez efectuadas las respectivas evaluaciones a cargo del Gobierno Nacional, estarían en condiciones de acceder a los beneficios que establece la Ley 975 de 2005. Se trata de un acto que constituye un supuesto necesario para que alguien en particular pueda ser titular de un estatus jurídico y sujeto de un régimen jurídico especial.

La postulación corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho que debe contar con la información pertinente enviada por la Oficina del Alto

Comisionado para la Paz o por el Ministerio de Defensa Nacional, según sea el caso.

La Oficina del Alto Comisionado para la Paz y el Ministerio de Defensa deben verificar que quienes se desmovilicen hayan manifestado por escrito su voluntad de ser postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz, y declaren bajo la gravedad de juramento su compromiso de cumplir con todos los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005, y de ser así lo informarán al Ministerio de Justicia y del Derecho para que adopte la decisión que corresponda acorde con los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 *ibídem*.

Es claro que el Ministerio de Justicia y del Derecho adopta la decisión de postular los nombres de quienes van a participar en el proceso especial, para lo que tiene en cuenta el previo y necesario concurso de las manifestaciones de voluntad de varias entidades, cada una desde su respectiva órbita de competencias y con agotamiento de su propio trámite en atención a si se trata de una desmovilización colectiva o individual, pero todas con una única finalidad. En síntesis, el Ministerio de Justicia expide un acto administrativo complejo.

Resalta la Sala que con el acto de postulación efectivamente concluye la actuación administrativa, pues una vez expedido y remitido formalmente a la Fiscalía produce todos sus efectos, y el procedimiento deja de ser administrativo y se transforma en judicial". »...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

ACUERDO DE PAZ

Refrendación

28 de noviembre de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00255-00(2323)

...«Conforme se ha indicado, los acuerdos de paz suscritos por el Presidente de la República son decisiones políticas (no de consagración de normas positivas) que dicho funcionario puede adoptar en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. Según se explicó, la existencia de los acuerdos de paz no está sujeta, en principio, a formalidades o trámites posteriores y de ahí que ni la Constitución Política ni la Ley 418 de 1997 prevean una instancia de “refrendación” ni se ocupen de definir esa expresión. No obstante, dicho término aparece en el Título de la Ley Estatutaria 1806 de 2016, *por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, así como en sus artículos 1º, 2º y 3º. En concordancia con lo señalado a lo largo de este Concepto, la Corte Constitucional pone de presente en la misma Sentencia C-379 de 2016, que la *refrendación* de un acuerdo de paz, en cuanto recae sobre una decisión política, en ningún caso puede tener naturaleza normativa.(...)

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad de la palabra “*refrendación*”, para delimitar su alcance a lo estrictamente político y excluir la posibilidad de que, por esa vía, el Acuerdo Final adquiriera un carácter normativo o de incorporación automática al ordenamiento constitucional. La Sala considera que este condicionamiento de la Corte Constitucional, según el cual la expresión “*refrendación*” está circunscrita a un ámbito estrictamente político cuando de acuerdos de paz se trata, sería aplicable, por las mismas razones expresadas por ese alto tribunal, en el caso de una posible refrendación del Acuerdo Final por parte del Congreso de la República. Por tanto, el significado lingüístico de la expresión *refrendar* (autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello; corroborar algo afirmándolo; volver a

ejecutar o repetir la acción que se había hecho), quedaría delimitado en el caso revisado a una corroboración o respaldo estrictamente político (i.e. de legitimación), que no agota sino que apoya el proceso de implementación y cumplimiento de lo acordado.

En consecuencia, el objetivo de acudir a la “refrendación” del Congreso de la República sería el de conocer si se cuenta o no con el respaldo político de esa corporación pública, que por naturaleza tiene legitimidad democrática (artículos 3 y 133 C.P), con lo cual se lograría darle mayor legitimación a lo acordado, vista la necesidad de una futura implementación. Pero, se insiste, no podría implicar la modificación de las normas constitucionales o legales existentes, ni la inclusión de disposiciones nuevas, así como tampoco limitar a futuro la libertad de configuración normativa del Congreso de la República. Lo anterior ratifica que un pronunciamiento del Congreso de la República sobre su conformidad o no con el Acuerdo Final en los términos en que ha quedado expuesto: (i) sería un decisión estrictamente política, (ii) no tendría efectos automáticos en el orden constitucional y normativo y en consecuencia (iii) no obviaría la necesidad de que la implementación del acuerdo en normas positivas deba realizarse conforme a los requisitos y condiciones previstos en la Constitución para los actos de producción normativa a que haya lugar. Sería estrictamente, *un escenario de legitimación política frente a la política pública de paz* contenida en el acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

En este sentido, el concepto de *refrendación* que la Sala pasa a estudiar en el capítulo siguiente no está relacionado con las funciones legislativas del Congreso de la República (artículo 150 C.P), sino con aquellas propias del control político que le corresponde ejercer a esa corporación pública sobre las demás ramas y órganos del poder público (artículo 114 C.P.) No sobra advertir que si el objeto de la “*refrendación*” ante el Congreso de la República fuera más allá de una manifestación política que legitime los acuerdos y lo que se pretendiera fuese dotarlos de valor normativo o permitir su incorporación al ordenamiento jurídico, lo que correspondería sería la radicación ante esa Corporación de los proyectos de acto legislativo y de ley correspondientes, los cuales tendrían que surtir todos los trámites previstos en la Constitución para su aprobación. En este último caso, la refrendación solo podría darse en el marco de las funciones legislativas y de reforma constitucional (no de control político) del Congreso de la República. »...

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas*

VII. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA

REFORMA CONSTITUCIONAL

Utilización del referendo

6 de agosto de 1998

Radicación: CE-SC-RAD1998-N1131(1131)

...«2.1 El artículo 5° de la ley 134 de 1994 se limita a definir el referendo aprobatorio. La inclusión dentro de dicha definición del proyecto de acto legislativo, como materia del referendo aprobatorio, debe entenderse en concordancia con el artículo 378 de la Constitución Política, y sólo cuando la iniciativa del mismo proceda de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva.

Si el Congreso de la República niega, esto es, no adopta el proyecto de ley de iniciativa popular para convocatoria de un referendo destinado a aprobar un proyecto de reforma constitucional, en los términos previstos en el artículo 378 de la Constitución, la opción que tienen los promotores de la iniciativa es acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 134 de 1994, esto es, completar un número de respaldos no menor al 10% del censo electoral de la circunscripción nacional para poder solicitar al Registrador Nacional del Estado Civil certifique la procedibilidad de la convocatoria de dicho referendo, en el cual se votará el proyecto de ley que hubiese sido negado y que tendrá incorporado el temario de reforma constitucional propuesto, presentado de tal manera que los electores puedan escoger libremente qué votan positivamente y qué votan negativamente.

Obtenida la certificación de la Registraduría del Estado Civil y revisado el texto por la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional convocará el

referendo mediante decreto dentro de los ocho días siguientes, en los términos del artículo 34 de la ley 134 de 1994.

En el evento anterior, la decisión adoptada por el pueblo por medio de la mitad más uno de los votantes, siempre y cuando haya participado una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral de la circunscripción nacional, comprende el proyecto de ley con el texto de la reforma constitucional presentado de tal manera que pueda ser votado afirmativa o negativamente.

2.2 Al tramitar el proyecto de ley de convocatoria de un referendo, en los términos del artículo 378 de la Constitución, el Congreso tiene la facultad de analizar la conveniencia del proyecto de reforma constitucional que va a ser sometida a referendo, y de revisar formalmente el temario o articulado para que quede redactado de manera que los electores puedan escoger libremente qué temas o artículos votan positivamente y cuáles votan negativamente. Pero el Congreso no puede modificar sustancialmente el temario o articulado del proyecto de reforma constitucional, porque esto conduciría a desconocer la iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos, que es exclusiva en esta modalidad de referendo.

2.3 Si el proyecto de ley de convocatoria del referendo es de iniciativa gubernamental (o del 30% de los diputados o concejales del país) y no es adoptado por el Congreso, no es posible convocar el referendo aprobatorio establecido por el artículo 5° de la ley 134/94, porque esta norma solamente otorga esa prerrogativa a la iniciativa popular.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Inhabilidades de miembros de juntas directivas para ser parte de la Asamblea Nacional Constituyente

26 de abril de 1991.

Radicación: 189-CE-SC-EXP1991-N386

...«Los miembros de la Juntas Directivas tienen jurisdicción y mando por cuanto dirigen y administran un servicio público; adoptan las plantas de personal de la entidad, así como los planes de la misma; aprueban la celebración de contratos; designan, en algunos casos, ciertos funcionarios, y expiden los estatutos de la Entidad; y ejercen, en conjunto, funciones propias de quienes detentan autoridad o mando en el sentido y alcance de la disposición expedida, por la cual la inscripción de la candidatura a la Asamblea Constitucional implicó desvinculación automática del ejercicio de tales funciones para el correspondiente candidato. La inscripción previa y expresamente aceptada presupone la comprobación de las calidades exigidas para ser miembro Delegatario a la Asamblea, ante los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, so pena de su rechazo, y tal comprobación implicaba la desvinculación o separación automática de las funciones cuyo desempeño era incompatible con la candidatura, inhabilitaba para inscribirla y determinaba su rechazo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien es cierto, que el Acuerdo Político contenido en la parte considerativa del Decreto 1926 por sí mismo no tiene fuerza vinculante, su obligatoriedad, surge, sin embargo, del artículo 6o. de la parte resolutive del citado Decreto en la cual se hace remisión expresa a la exigencia de acreditar las calidades prescritas para inscribirse como candidato a la Asamblea Constitucional, contenidas en el considerando 9o. del Decreto mencionado. Tales calidades a tenor del citado considerando requieren que el candidato no esté desempeñando ningún

otro cargo o empleo de responsabilidad política o de jurisdicción o mando en el sector público, o de representación pública de intereses privados en el momento de la inscripción de la candidatura, y a sancionar con la desvinculación automática del cargo o del empleo al contraventor de la norma.»

*Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

FUNCIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Alcance del artículo 3° transitorio constitucional en cuanto al funcionamiento administrativo del Congreso de la República disuelto y funciones del nuevo Congreso en la Carta Política de 1991.

29 de julio de 1991.

Radicación: CE-SC-RAD1991-N396.

...«Las primeras cinco funciones (la de la reforma constitucional, la legislativa, la de control político, la judicial y la electoral), se ejercen por el Congreso pleno, el Senado, la Cámara de Representantes y las Comisiones, según la distribución de competencias dispuesta por la Constitución Política, durante las sesiones ordinarias o extraordinarias. De manera que su ejercicio no es posible en receso de la Corporación.

En la actualidad, la legislatura anual comprende dos periodos de sesiones ordinarias: del 16 de marzo al 20 de junio y del 20 de julio al 16 de diciembre. En los intervalos, el Congreso ni las Cámaras están habilitados para el ejercicio de sus atribuciones, salvo en el período en que sesionen de manera extraordinaria por convocatoria del Gobierno. De igual modo, las denominadas Comisiones Constitucionales Permanentes sólo podrán reunirse en receso del Congreso, cuando hubieren sido convocadas por el Senado o la Cámara de Representantes y únicamente con el fin de debatir asuntos que hubieren quedado pendientes en el período anterior, de realizar estudios que la Corporación respectiva determine y de preparar proyectos que las Cámaras les encarguen, al tenor del artículo 143 del Estatuto Fundamental.

Las cinco funciones mencionadas solamente podrán ser ejercidas, dentro de las condiciones constitucionales, cuando el Congreso, las Cámaras y las Comisiones estuvieron en sesiones ordinarias o extraordinarias; en ningún caso, por sustracción de titular y de materia, fuera de tales sesiones, es decir, en receso de las actividades propias de la rama legislativa del poder público.

Por consiguiente, y en consideración a que la Asamblea Nacional Constituyente dispuso en uno de los artículos transitorios de la nueva Constitución que, a partir de la promulgación de ésta, el actual Congreso y sus Comisiones “ entrarán en receso “ hasta el 1° de diciembre de 1991, fecha de instalación del nuevo Congreso que será elegido en los comicios del próximo 27 de octubre, es menester entender que ni la Corporación ni sus Comisiones pueden ejercer ninguna de las atribuciones que se dejan mencionadas. De ahí que no puedan reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político.

La situación varía en relación con la función administrativa que, por su naturaleza, tiene carácter permanente, pues en toda época - salvo el período de vacaciones - es necesario tomar decisiones en materia de manejo de personal, cumplimiento de obligaciones contractuales y ordenación del gasto.

La Corporación subsiste, sólo que ha entrado en receso transitorio, para efectos de permitir el desarrollo de las elecciones generales que conducirán a la renovación, seguramente parcial, de sus integrantes, de conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales que han disminuido el número de sus miembros, suprimido los suplentes, redistribuido funciones y establecido un estatuto de inhabilidades e incompatibilidades.»

*Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

REFORMA CONSTITUCIONAL

Impedimentos de congresistas para participar en la discusión de actos legislativos

15 de mayo de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00038-00(1903)

...«Las características que la jurisprudencia y la doctrina predicán para que exista un conflicto de intereses, parecen excluir de esta posibilidad la discusión y votación de Actos Legislativos productores de normas constitucionales, bajo el argumento de que las disposiciones de rango constitucional se limitan a declarar valores, principios y derechos y establecer regulaciones fundamentales sobre la organización y funcionamiento del Estado. Sin embargo la Sala reitera lo expresado en la radicación 1735 de 2006, así: “En el derecho constitucional moderno, la Constitución Política es, no sólo un conjunto de principios, valores y derechos, sino que además de manera directa asume en ciertos casos el papel de norma reguladora de conductas, lo que explica en lógica jurídica, que se le identifique como “norma de normas”, es decir, como la disposición a la cual se extiende el papel regulador tradicionalmente reservado a la ley. Hay algunos temas sobre los cuales el poder de regulación de la norma constitucional es tan exhaustivo, que termina por asumir el papel natural de la ley, quedando ésta relegada a un nivel eminentemente reglamentario. Esta función reguladora de la Constitución se observa en algunas de sus disposiciones, como las contenidas en los artículos 126 (prohibición a servidores públicos para nombrar como empleados a personas con las cuales tengan determinados grados de parentesco), 127 incisos 1° y 2° (prohibición a los servidores públicos en materia contractual y a ciertos de ellos para participar en política), 129 (prohibición a los servidores públicos para aceptar cargos, honores o recompensas), 172 (calidades para ser elegido senador), 177(calidades para se elegido representante a la cámara), 179(inhabilidades para ser congresista), 183 (causales de pérdida de investidura),207(calidades para ser ministro o jefe de departamento administrativo) y muchas más. En estos casos ni siquiera puede afirmarse que el legislador tenga un poder de regulación derivado, puesto que la norma jurídica agota su regulación en el mandato constitucional”.

Lo expuesto significa que cuando se trata de Actos Legislativos orientados a reformar disposiciones relacionadas con regulaciones expresas de conductas, como parece suceder en el caso de la denominada “reforma política”, no cabe duda que aunque formalmente se esté frente a un tema de rango constitucional, su contenido no difiere sustancialmente de aquellos que son propios de la ley, razón por la cual el tema relacionado con conflictos de intereses debe recibir idéntico tratamiento, como si se tratara de un proyecto de ley. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

VIII. SUPRANACIONALIDAD E INTEGRACIÓN REGIONAL

INTEGRACIÓN REGIONAL

Incorporación de normas subregionales al derecho interno. Concepto de supranacionalidad

6 de septiembre de 1979

Radicación: 26-CE-SC-EXP1979-N1294

...«El señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación, en comunicación de fecha 21 de mayo del corriente año, somete a consideración de la Sala la siguiente consulta: “Me permito someter a su consideración el interrogante consistente en si las Decisiones 124 y 125 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuyos textos acompaño, requieren un decreto del Gobierno para su aplicación en Colombia o si, por el contrario, son de aplicabilidad directa e inmediata en el ámbito nacional.

(...)

En el proceso integracionista el derecho que nace a la vida jurídica como consecuencia de este fenómeno se aparta sustancialmente de las etapas o secuencias normativas de uso corriente en el derecho internacional. En la doctrina clásica la norma de derecho internacional solamente obliga a los Estados cuando se hayan satisfecho los requisitos para su elaboración, exigidos en sus diferentes etapas: negociación, firma, aprobación interna y ratificación. “Para que una norma de derecho internacional sea obligatoria, es indispensable que haya sido negociada y firmada por plenipotenciarios cuya situación sea conforme a las leyes internas de cada país. El acuerdo debe ser aprobado posteriormente en el ámbito interno por una ley aprobatoria expedida por el Congreso”. Pero aun con tal aprobación el tratado o acuerdo no adquiere eficacia hasta que el gobierno y las otras partes contratantes

manifiesten su acuerdo final, por medio de ratificación o en cualquier otra forma aceptada.

Se expresó anteriormente, cómo en razón de la agilidad jurídica que exige el fenómeno integracionista, su proceso normativo se separa del empleado en el Derecho Internacional tradicional. En el derecho de integración la elaboración de la norma se realiza con fundamento en el concepto de supranacionalidad que rodea al órgano comunitario. La supranacionalidad se ha definido como la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directamente obligatorias en el territorio de los Estados Miembros sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional”

La adquisición de poderes reguladores por los órganos comunitarios, en el derecho de integración económica, expresa la Corte Suprema de Justicia en fallo de 27 de febrero de 1975, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes les hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional.

(...)

Estudiosos del Derecho Constitucional han formulado serios reparos al Derecho de Integración por considerarlo violatorio de la soberanía de los Estados. Expresan ellos que al aprobarse tratados integracionistas, los Estados están delegando competencias que no pueden delegar sin afectar directamente a su soberanía nacional. En rigor la observación tiene plena validez a la luz del concepto clásico de soberanía, entendida, como el “conjunto de atributos inherentes a la personalidad del Estado”. Esta concepción de la soberanía, se avenía, por los demás, con el pensamiento político del Siglo XVIII y con la conformación del mundo de esa época, constituido por países en total estado de aislamiento.

Nuestra realidad contemporánea, sin embargo, nos muestra una situación diferente. Los fenómenos económicos han hecho del mundo moderno un mundo interdependiente. “Cada país, cada mercado depende de otros países y de otros mercados”. Esta interdependencia limita el concepto de soberanía tal como fue entendido en el siglo pasado. Hay que acudir, pues, a una noción real y objetiva de este concepto que cambie e identifique los términos soberanía y derecho; derecho y límite de la actuación jurídica del poder del Estado.

Dentro de este criterio podría intentarse una aproximación al concepto moderno de soberanía, expresando que ésta consiste en las competencias que de manera exclusiva ejerce un Estado independiente dentro de su territorio, pero sujeto a las obligaciones nacidas de sus compromisos contraídos con otros estados u organizaciones internacionales.

(...)

En el Pacto Subregional Andino, la Comisión es el órgano con competencia normativa. A través de actos, que toman el nombre de Decisiones “expide legislación vincular para los Estados y los sujetos de derecho que actúan en el seno del mercado andino”.

“Tales reglas expedidas por la entidad andina —expresó la Corte en el fallo citado—, rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; y sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieran el desarrollo de trámites nacionales (v. artículos 6°, 7°, 2°, 30, 33, 48, 50, 66, 75, 82, 109 y 27, 28, 31, 52, 57, 61, 64, 65, 68, 79, 80, 104 y 110)”.

(...)

Ante lo expuesto esta Sala debe concluir que las Decisiones 124 y 125 del Acuerdo de Cartagena, por el efecto inmediato de su aplicación no requieren la expedición de acto alguno para entrar en vigencia. »...

*Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Estado colombiano

13 de octubre de 1992

Radicación: 272-CE-SC-EXP1997-N461

...«Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en principio, son obligatorias para el Estado Colombiano, por haber suscrito y ratificado, sin reservas, la Convención Americana de Derechos Humanos. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse con fundamento en la Constitución y en las leyes del país. En el caso objeto de la consulta, el Estado Colombiano debe adelantar, perfeccionar y definir las investigaciones penales relativas a los tres casos de violación de derechos humanos que la consulta refiere. Pero, según el derecho colombiano, las indemnizaciones que recomienda la Comisión sólo podrían disponerse mediante sentencias proferidas en los procesos promovidos por las personas interesadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados efectuada en el mismo proceso.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Decisiones de organismos internacionales

8 de abril de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N952(952)

...«De conformidad con el texto de la norma superior (art. 164), los tratados internacionales en materia de derechos humanos prevalecen en el orden interno.

Sin embargo, como se trata de la declaración de un organismo internacional que determina la violación de derechos humanos en que ha incurrido un Estado, las consecuencias para Colombia consisten en el evento de que de allí se deriven perjuicio o daños susceptibles de ser cuantificados cuyo cumplimiento de lugar al pago de una indemnización representada en una suma de dinero, la cual no está determinada; se trata de confirmar que efectivamente la declaratoria sobre violación de derechos humanos se ajustó a los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución y la ley; esta circunstancia explica la existencia del contenido reglado por la ley 288/96.

De conformidad con los convenios internacionales, los organismos competentes son para el caso de las leyes 74/68 y 16/72 bajo análisis, únicamente el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 2º, ley 288/96).

Las violaciones de derechos humanos por parte del Estado que se hayan declarado o que llegaren a declararse en decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos citados, pueden dar lugar a indemnizaciones por parte del Estado Colombiano, cuando se hayan cumplido determinadas actuaciones del derecho interno mediante procedimiento de comprobación y evaluación que se diligencian en Colombia.

La situación descrita presta mérito para el examen de las disposiciones de los organismos internacionales (leyes 74/68 y 16/72) y también la oportunidad para verificar cómo dichos organismos no son instancias alternativas donde los particulares puedan acudir a esta justicia internacional con omisión de la observancia previa de los procedimientos ante autoridades e instancias judiciales internas de cada Estado.

De no ser posible el cumplimiento del supuesto anterior, la jurisdicción internacional en favor de las personas que se consideran afectadas en sus derechos humanos, sólo opera cuando no existe otro medio de defensa judicial (porque se agotaron los presupuestos previstos en el art. 46.1 a y b de la ley 16/72), o ante la ausencia de legislación interna, o por la negativa al acceso de los recursos de la jurisdicción nacional, o porque se haya impedido agotarlos o finalmente, por el retardo injustificado de la decisión.

En la Convención Americana se plantean premisas en las primeras disposiciones, las cuales resultan fundamentales para su análisis, así:

-Los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (art. 1º.1, ley 16/72).

-Los Estados Partes tienen la obligación (si no estuvieren ya garantizadas) de adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención las medidas legislativas y de cualquier otra índole para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2º, *ibídem*).

Entonces resulta perentorio que no existe una jurisdicción paralela sujeta a la voluntad o libre escogimiento de la presunta víctima en materia de derechos humanos, sino el compromiso de cada Estado que suscribe el Convenio de tener mecanismos propios internos eficaces para garantizarlos y solo cuando estos estén agotados o no operen, es cuando tiene aplicación y adquiere competencia el organismo internacional; sin embargo los Estados, frente a una decisión de dicho organismo, se reservan el privilegio de verificar que se han cumplido los presupuestos de hecho y de derecho, tanto los previstos en la Constitución Política, como los establecidos en el mismo Convenio.

De otro lado, la decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no comprende la declaración de existencia de los daños ni la relación causal entre el perjuicio

y la violación (artículos 2,1 y 4º., último inciso, ley 288 de 1996). De ahí la actuación interna posterior en Colombia incluida la del Comité de Ministros.

Es importante precisar que el organismo internacional tendrá en cuenta, entre otros elementos, las pruebas recaudadas y las providencias recaídas en los procesos judiciales, administrativos o disciplinarios internos (art. 2º, parágrafo 1º, ley 288/96).

No se compagina el texto de la ley 16/72, aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica en el aspecto que incluye la aceptación de la decisión del organismo internacional aún en casos donde no se hayan agotado todos los trámites a nivel interno, porque esta es condición previa y necesaria; entonces únicamente se limitaría su aplicación a los eventos de impedimento al presunto lesionado en sus derechos al acceso de los recursos de la jurisdicción interna, cuando no se le ha permitido agotarlos, o en los casos de retardo injustificado en la decisión (art. 46.2 b y c).

La conclusión del parágrafo inmediatamente anterior surge de las hipótesis previstas en los dos primeros ordinales, según los cuales, los presupuestos indicados deben ser dos, a saber: haberse agotado los recursos internos y que la petición o comunicación sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva (art. 46.1. a y b.)»...

*María Helena Giraldo, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

ACUERDOS INTERNACIONALES

Límites al derecho de propiedad

28 de febrero de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1367 (1367)

...« En el ámbito del derecho internacional, el ejercicio de la soberanía se expresa en la capacidad de los Estados para comprometerse, por lo que el pacto internacional es una manifestación de tal atributo que trae, como consecuencia, la responsabilidad internacional. Así, según el artículo 9° de la Constitución “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”. Sin embargo, como lo ha entendido la jurisprudencia, “el orden jurídico internacional parte del supuesto de que los órdenes internos de los Estados no son absolutos, ya que, así como existe un interés general en el seno de cada uno de ellos, igualmente hay un interés general internacional, fundado en el bien común universal. Es este interés el que busca realizarse mediante los pactos o tratados que se celebran en virtud del ejercicio de la soberanía, como atributo propio de cada uno de los Estados: el compromiso internacional es, así, un acto de soberanía del Estado que se vincula, es decir, se trata de la expresión de la voluntad independiente de cada Estado que pretende comprometerse como ente jurídico en el plano internacional” -Sentencia C-276 de 1993- .

(...)

El artículo 58 superior garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos conforme a la ley - los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores -, y proclama la primacía del interés público o social sobre el privado, cuando los derechos de los particulares resultaren en conflicto con la necesidad reconocida en una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social; también impone a la

propiedad una función social, con las consecuentes obligaciones. Por lo demás, la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común – art. 33 *ibídem* -. La Corte inicialmente las consideró de rango “cuasi-constitucional”, pero después aclaró que no tienen rango constitucional, porque no están constituyendo sino organizando lo ya constituido, lo ya preestablecido en determinadas materias por la Constitución Política. También señaló que son “reglamentos” que establecen límites procedimentales para el ejercicio de la actividad legislativa, y las llamó “normas de autorreferencia”. Igualmente ha dicho que son normas intermedias entre las disposiciones del ordenamiento superior y las normas que desarrollan la materia que ellas regulan. Ahora bien, el derecho de propiedad, como se sabe, contiene las facultades de usar, gozar y disponer del bien, y cuando su titular autoriza que otra persona goce del mismo a cambio de un determinado precio o valor, el derecho de uso se traslada, como ocurre con el contrato de arrendamiento.

Las sucesivas normatividades constitucionales colombianas han sometido el interés privado a la necesidad pública, estableciendo obligaciones, particularmente de índole social, a cargo de los propietarios. La Carta de 1991 garantiza la propiedad privada, pero su contenido y límites los deja librados a la voluntad del legislador, supeditada esta función, de manera obvia, a las demás garantías consagradas al efecto, como las libertades de empresa y de iniciativa privada, pero también a la facultad del Estado de intervenir en la economía por mandato de la ley y a la efectividad del principio de prevalencia del bien o interés general - arts. 1º, 58, 333 y 334 de la C. P.- La materia regulada en las leyes orgánicas es la determinada por la Constitución Política (artículo 151). Dichas materias configuran una “reserva legislativa”, esto es, que el legislador sólo puede ocuparse de esas materias mediante “ley orgánica” y no por medio de una ley ordinaria, pues de hacerlo incurrirá en un vicio de falta de competencia y no simplemente de forma.

Por consiguiente, la garantía constitucional de la propiedad tiene su desarrollo dentro de este marco y es al legislador al que compete determinar su configuración: contenido, restricciones, limitaciones, cargas y obligaciones. El dominio o propiedad está definido en el artículo 669 del Código Civil como el derecho real sobre una cosa – corporal o incorporal – para disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, de manera que el alcance de la propiedad plena está determinado por las regulaciones legales, siempre que no se comprometa su núcleo esencial. Es

decir, el ejercicio de tal derecho se hará en los términos señalados en la ley y, por lo mismo, no puede contrariarla, dado que el derecho de propiedad no es absoluto y que existen deberes sociales, no sólo a cargo del Estado sino también de los particulares; no obstante, las limitaciones que se impongan en interés público, será preciso introducirlas siempre con respeto de la garantía constitucional del mismo.

(...)

En conclusión, las prerrogativas del Estado colombiano en desarrollo de la soberanía y del dominio eminente que ejerce sobre el territorio nacional, no deben verse comprometidas con la suscripción del Acuerdo...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

TRATADOS INTERNACIONALES

Trámite. Prevalencia sobre el derecho interno

5 de diciembre de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1386 (1386)

...«Encuentra tal Corporación que a pesar de una aparente contradicción, la Carta no consagra un constitucionalismo rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4° y que “la primacía de los tratados prevista por el derecho internacional, no implica una invalidación automática de todas las normas internas contrarias a un convenio”, por lo que es posible armonizar los mandatos del artículo 4° constitucional y del artículo 27 de las Convenciones de Viena, teniendo presente que constituye un principio vinculante del derecho internacional, aceptado por Colombia, que un Estado no puede invocar frente a otro su normatividad constitucional “para sustraerse a las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor” y además que, como consecuencia del principio *pacta sunt servanda*, las autoridades colombianas están obligadas a velar por la observancia de los tratados ratificados por Colombia...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

GOBIERNO EXTRANJERO

Concepto

23 de junio de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1655 (1655)

...« La interpretación teleológica que se ha dado a la expresión gobiernos extranjeros tiene en cuenta que los sujetos primordiales del derecho internacional son los Estados soberanos y que el término gobierno se utiliza, por lo general para el órgano, o conjunto de órganos, que están en capacidad de representar uno de estos Estados. Sin embargo, en derecho internacional se reconoce que no sólo es el jefe de estado o el jefe de gobierno quien lo representa, sino que también tienen esta función, según el ámbito de sus competencias, el correspondiente Ministro de Relaciones Exteriores, como se denomina en Colombia, y los agentes diplomáticos.

La literatura del derecho internacional, y la práctica misma de las relaciones entre Estados, nos muestran que al lado de estos órganos han surgido unas nuevas formas de diplomacia, como los agentes diplomáticos ad hoc, encargados de negociar o de representar un país en ciertos asuntos; que también es muy frecuente que a los agentes diplomáticos se les acompañe de delegados o representantes especiales para determinados sectores, como los agregados o asesores económicos, culturales, de policía, etc., e incluso, que ciertas dependencias internas de otros Estados tengan sus propias oficinas internacionales, que en veces están dotadas de alguna autonomía frente a sus embajadas.

Estima la Sala que la prohibición a que se refieren los artículos 129 y 189 en su numeral 18 de la Constitución Política, abarca a todos estos órganos y funcionarios, pues, por tener algún grado de representación del país al que pertenecen, su acción puede tener influencia en la política exterior de Colombia, la cual es del resorte exclusivo del Presidente de la República.

Para terminar, se recuerda que las normas constitucionales en cita prohíben también aceptar cargos, honores y recompensas provenientes de organismos internacionales, superándose así la posible discusión sobre si la expresión constitucional gobiernos extranjeros abarcaba o no a las legaciones diplomáticas de las organizaciones interestatales.

De lo expuesto, se desprende que tanto en los antecedentes de la Constitución, como en el contexto de las normas objeto de estudio, el término gobierno extranjero y en especial el de gobierno, carecen del significado técnico jurídico con el que se utiliza en la Carta y en el derecho colombiano para definir el ejecutivo nacional, y que el sentido del mismo es una expresión genérica que abarca cualquier organismo o funcionario dependiente de un Estado soberano diferente de la República de Colombia...»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce,*

PARLAMENTO ANDINO

Naturaleza y régimen jurídico de sus miembros

8 de julio de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00076-00(2015)

...«En este cuerpo normativo es constante la asimilación de los parlamentarios andinos a los miembros de los órganos legislativos de los Estados Miembros, en armonía con las características del Parlamento Andino definido como el órgano deliberante de la Comunidad Andina, creado como resultado de “la incorporación de los cuerpos legislativos nacionales en el proceso de integración regional”, y con funciones relacionadas con la actividad legislativa de los países miembros e inclusive de otros países para buscar su cooperación y para proponer medidas y sugerencias de aproximación de la legislación de los países miembros. Resaltan, además, los siguientes elementos:

a) Desde su creación las Partes acordaron que se compondría de miembros elegidos por sufragio universal y directo; este mecanismo se supeditó a condiciones de tiempo y de acuerdos adicionales, y mientras ellas se daban, se involucró directamente a los órganos legislativos de los Estados Partes en la designación y sostenimiento de sus representantes;

b) Los miembros del Parlamento Andino son “representantes de los pueblos de cada una de las Partes Contratantes”, de manera que conservan un vínculo con su Estado de origen, que excluye relación laboral o de servicios con el Parlamento Andino;

c) En el caso de los Parlamentarios Colombianos, esa intención expresa de los Estados Partes está afianzada en el Acuerdo bilateral suscrito entre Colombia y el Parlamento Andino para regular los aspectos relativos a la sede en Bogotá, al excluirlos del régimen de funcionarios diplomáticos, con la única salvedad de las inmunidades que les pueden ser reconocidas

mientras estén en reuniones que se realicen en un país miembro distinto de Colombia, según el artículo 11 del Tratado Constitutivo del Parlamento;

La lectura de la ley 1157 de 2007 muestra su conformidad con los lineamientos establecidos en la normatividad andina, en cuanto equipara los parlamentarios andinos a los congresistas de los respectivos países; en este sentido se fundamenta la exigencia de que los representantes de Colombia en el Parlamento Andino tengan las mismas calidades de los Senadores de la República, y su sujeción al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.

(...)

En consecuencia, los representantes de Colombia en el Parlamento Andino, además de estar sujetos a los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que rigen a los Senadores, también tienen los derechos que a estos les son reconocidos, en particular al régimen salarial y prestacional. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

SUPRANACIONALIDAD Y DERECHO COMUNITARIO

Noción

24 de octubre de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00074-00(2293)

...«La crisis de las economías de los países europeos derivada de las guerras mundiales llevó a seis de ellos a estructurar una organización común a la cual le transfirieron parte de su soberanía y la facultad de decidir, de manera obligatoria para todos, algunos asuntos determinados en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París el 18 de abril de 1951.

En el tratado en mención aparece por primera vez el concepto de “supranacionalidad” para delimitar la naturaleza jurídica y política de las atribuciones conferidas a las autoridades establecidas en el mismo tratado y para fijar su competencia en la decisión de asuntos normativos y administrativos con fuerza obligatoria para los estados miembros.

Se asumió, entonces, un cambio en la concepción clásica de la soberanía que permitiera procesos de cooperación internacional más amplios y efectivos.

En la jurisprudencia y la doctrina nacionales e internacionales, la supranacionalidad se configura siempre que los Estados acuerdan, en un tratado internacional, transferir competencias de sus órganos internos a los órganos comunes creados en el tratado, sea de manera total o parcial, excluyente o concurrente, y limitada o no a determinado contenido del tratado.

Desde el punto de vista jurídico, la supranacionalidad da origen al Derecho Comunitario entendido como el conjunto de decisiones obligatorias para los estados miembros y para sus nacionales, que al ser adoptadas por

autoridades supranacionales tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno tanto en el sentido de no requerir de los trámites generalmente previstos para la entrada en vigor de los instrumentos internacionales, como por desplazar el derecho interno.

A partir de los tratados regulatorios de las comunidades europeas y, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se identifican como principios propios del derecho comunitario los siguientes: (i) La aplicabilidad inmediata de la norma comunitaria, es decir, su incorporación automática al ordenamiento interno; (ii) El efecto directo en la creación de derechos y obligaciones para los Estados y sus ciudadanos; (iii) La primacía de la norma comunitaria sobre el ordenamiento interno.

Asimismo, se afirma la autonomía del Derecho Comunitario respecto del Derecho Internacional en la medida en que se integra con normas internacionales típicas, esto es, los tratados, y también con las normas resultantes de la actividad del organismo supranacional y sus autoridades.

De ahí, la distinción entre: (i) el derecho originario, que corresponde a los tratados fundacionales y a sus modificaciones, y que es fuente obligatoria para los estados miembros, y (ii) el derecho derivado, integrado por los actos expedidos por las distintas autoridades del organismo supranacional, dentro de los cuales unos son obligatorios y otros no, de acuerdo con la estructura y las funciones determinadas en los tratados originarios y sus modificaciones.

El Acto Legislativo No. 01 de 1968 introdujo la noción jurídica de supranacionalidad en la Constitución Política, con el señalamiento explícito de su ámbito de aplicación.

(...)

Así, la reforma constitucional de 1968, facultó al Congreso y, por consiguiente al Gobierno, para que el Estado Colombiano concurriera a la creación de “instituciones supranacionales”, mediante la celebración de tratados internacionales que tuvieran como propósito claro y concreto la promoción o consolidación de procesos de integración económica con otros Estados. La reforma constitucional de 1991 fortalece los procesos de integración y reitera la posibilidad de la creación de organismos supranacionales, especialmente con los Estados de América Latina y el Caribe.

(...)

Sobre el conjunto de los tratados originarios y las normas emanadas de los organismos supranacionales que, como se mencionó, integran el Derecho Comunitario, la jurisprudencia constitucional colombiana se ha referido a (i) su objeto y características, y (ii) las normas que conforman los derechos primario y secundario, dentro de la normatividad comunitaria; y ha dejado reiteradamente en claro que el derecho comunitario (i) no integra el bloque de constitucionalidad en cuanto no regula derechos fundamentales sino relaciones económicas, (ii) tampoco prevalece sobre la Constitución y (iii) por consiguiente, no es referente para decidir sobre la constitucionalidad del derecho interno. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo (conjuez),
Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas.*

IX. MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

RECURSOS GENÉTICOS Y RECURSOS BIOLÓGICOS

Régimen jurídico aplicable

8 de agosto de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N977(977)

...«2.1 El régimen jurídico de propiedad aplicable a los recursos genéticos, de utilidad real o potencial, es el establecido para los bienes de dominio público, en forma general en la Constitución Política, y de manera particular, en la decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el decreto ley 2811 de 1974, la ley 165 de 1994 y las disposiciones legales que en el futuro se expidan sobre la materia.

2.2 El tratamiento jurídico de los recursos genéticos no es el mismo que le da la legislación colombiana a los recursos naturales no renovables, porque éstos tienen un régimen legal especial, el cual no dispone que sus normas se apliquen también a los recursos naturales renovables. Por el contrario, existe un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y disposiciones que lo adicionan y complementan.

2.3 Al recurso genético puede dársele un tratamiento jurídico de propiedad independiente al previsto para el recurso biológico. Aunque éste contiene al primero, mientras formen unidad o estén integrados, la función ecológica impuesta a la propiedad privada y el interés nacional garantizan la propiedad pública de la Nación y una vez separados cada uno se sujeta al régimen jurídico que le es propio.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo*

PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Protección constitucional de los recursos genéticos

23 de noviembre de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1687 (1687)

...« Las definiciones contenidas en nuestra legislación y las explicaciones científicas sobre el proceso para obtener un organismo vivo modificado, permiten a la Sala ubicar la discusión jurídica sobre las semillas transgénicas dentro del orden estructural de la vida, en tanto, son una entidad biológica capaz de propagarse en la naturaleza, pues su finalidad al ser utilizadas en la siembra, es la de replicar el material genético que le han inoculado a través de la tecnología o ingeniería genética.

En consecuencia cabe precisar que si bien cierto, debido a la manipulación genética una planta que germine a partir de una semilla así modificada puede segregar por sí misma una sustancia que la haga resistente a insectos o algún tipo de peste, no la convierte en un pesticida o herbicida, y por ende, no es un producto, sustancia o material, pues se insiste se está en el orden de la vida y no de las materias inertes. Esta es la premisa básica a partir de la cual, se analizará el problema jurídico consultado.

(...)

La Constitución Política en el artículo 79, consagra que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, y el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. En concordancia con lo anterior, el artículo 81 Superior, en materia de recursos genéticos, prevé: “Artículo 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Estado regulará el ingreso al país y la salida

de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.”

(...)

Teniendo en cuenta los bienes jurídicamente tutelados en la Constitución, el medio ambiente, la salud, la producción de alimentos y la investigación e intercambio de tecnología, en concepto de la Sala, no caben las tesis extremas que a favor y en contra de este tipo de cultivos han polarizado a los sectores ambientalistas y a la agroindustria, pues esto sería tanto como proscribir que en Colombia se haga investigación científica con la riqueza genética que ofrece nuestra diversidad, o negar, a priori, la utilización de las mejoras agrícolas que pueden significar una mayor producción de alimentos. La obligación constitucional consiste en proteger los bienes señalados, manteniendo un conveniente equilibrio entre ellos si llegaren a entrar en conflicto.

De ahí que la Carta Política, en el artículo 80 consagre como una obligación del Estado la de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación y restauración. En el cumplimiento de este deber, el Estado debe evaluar los riesgos, costo ambiental y esquema de responsabilidad de las actividades que tengan la virtualidad de afectar el medio ambiente. La Corte Constitucional ha manifestado que los criterios de desarrollo sostenible están encaminados a que los beneficios y los costos ambientales sean tomados en cuenta en las decisiones públicas para conciliar “las relaciones conflictivas entre el medio ambiente y el desarrollo”.

(...)

Es claro que la legislación actualmente vigente en nuestro país, en materia de seguridad de la biotecnología es la Ley 740 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Montreal, el veintinueve (29) de enero de dos mil (2000), pues esta ley incorporó al derecho interno las cláusulas del Protocolo.

Es igualmente cierto que Colombia no ha expedido una ley que desarrolle el Protocolo de Cartagena, ni tampoco se han expedido las medidas administrativas para darle cumplimiento. Se debe dilucidar entonces si el Protocolo se puede ejecutar directamente por las autoridades administrativas, o si, por el contrario, es necesario expedir una ley o un

decreto que lo desarrolle para el caso de los transgénicos. Este Protocolo le exige a los países que son Parte del mismo, que haya una autorización gubernamental previa a cualquier importación y liberación de semillas transgénicas, y que se siga un procedimiento cuyos principales pasos se encuentran en el Anexo III, y fueron parcialmente transcritos en este concepto.

(...)

La licencia ambiental creada por la ley 99 de 1993, no puede entenderse como la autorización propia del Protocolo de Cartagena, dada la especialidad del tema de los insumos agrícolas, las semillas, y el análisis de los riesgos de diferente orden que van inmersos en el asunto que se estudia, de acuerdo con la evolución de la legislación que se ha reseñado...»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce*

RESTRICCIONES A LA ACTIVIDAD MINERA

Diferencias entre las “zonas excluibles de la minería” y “zonas de minería restringida”. Canon superficiario en el caso de concesiones en áreas parcialmente coincidentes con zonas excluidas de la minería

29 de octubre de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00135-00(2216)

...«Uno de los objetivos primordiales de la intervención del Estado en la economía es la protección y preservación del medio ambiente, como se desprende claramente de todas las disposiciones constitucionales que conforman lo que la Corte Constitucional ha venido en llamar “la constitución ecológica”. Lo anterior es más evidente aun en el campo de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, dado el impacto negativo que dichas actividades ocasionan al medio ambiente, por lo general, como lo ha manifestado expresamente la Corte con fundamento en estudios científicos. Es por esta razón que, aparte de lo previsto en la legislación ambiental, el Código de Minas estableció dos (2) categorías de áreas o zonas del territorio nacional en las cuales la actividad minera está vedada, en principio, o restringida. La primera categoría corresponde a las denominadas “zonas excluibles de la minería”, que consagra el artículo 34 de dicho Código, y el segundo grupo corresponde a las llamadas “zonas de minería restringida”, las cuales están descritas en el artículo 35 ibídem.

Estas categorías de áreas producen efectos jurídicos diferentes, como quiera que en las primeras no se puede realizar actividades mineras, por regla general, ni siquiera de tipo exploratorio, salvo que la autoridad ambiental competente, a solicitud del interesado, decida sustraer toda o parte de la zona protegida, lo cual, en todo caso, no es viable en los parques naturales nacionales o regionales, mientras que en las “zonas de minería restringida”, pueden efectuarse trabajos y obras de exploración y explotación de minerales, pero con las restricciones, condicionamientos y permisos que señala el artículo 35 del Código de Minas. (...)

Aun cuando el objetivo principal de las “zonas excluibles de la minería” (artículo 34) y de las “zonas de minería restringida” (artículo 35) es esencialmente el mismo, es decir, proteger el medio ambiente y, en algunos casos, los bienes de uso público o el patrimonio histórico, arqueológico y cultural, existe una diferencia fundamental entre estas dos categorías de áreas en cuanto a los efectos jurídicos que producen. En efecto, mientras que las primeras se entienden excluidas, de pleno derecho, de los contratos de concesión minera, por lo cual el concesionario no adquiere derechos u obligaciones de ninguna clase en relación con las mismas, las “zonas de minería restringida” pueden ser incluidas en los contratos de concesión, pero la ejecución de las respectivas actividades se entiende condicionada a la obtención de los permisos o autorizaciones especiales que se exigen en ciertos casos (por ejemplo, en las playas y zonas de bajamar o en sitios de interés arqueológico, histórico o cultural), así como al cumplimiento de ciertas restricciones y limitaciones específicas de tipo técnico que deben acatarse para la realización de esas labores. (...)

Si bien es cierto que el interesado puede solicitar a la autoridad ambiental competente que sustraiga todo o parte de una zona que se encuentre excluida de la minería, salvo en los parques naturales, para realizar actividades mineras en forma restringida, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) en primer lugar, que dicha posibilidad no otorga derecho alguno al particular, ya que la autoridad ambiental puede decidir libremente si efectúa o no la sustracción, de acuerdo con las pruebas que se practiquen en la actuación administrativa y con el análisis técnico y científico que realice sobre los riesgos que tales actividades impliquen para el medio ambiente, y (ii) en segundo lugar, que mientras la sustracción no se decreta por la autoridad competente, mediante un acto administrativo en firme, el área respectiva sigue estando vedada o excluida para la minería, por disposición de la ley, por lo cual no puede ser incluida ni entenderse incorporada en ningún contrato de concesión minera.

El análisis anterior es relevante para efectos de la consulta que nos ocupa y, en especial, para determinar si hay lugar o no al cobro o a la devolución, según el caso, del canon superficiario correspondiente a zonas excluidas de la minería, como las reservas forestales, mientras la autoridad ambiental se pronuncia sobre la sustracción solicitada por uno o varios interesados, ya que la obligación de pagar el canon superficiario solo nace, como se ha demostrado, en virtud de la celebración y el perfeccionamiento de un contrato de concesión minera y en función del área que se ha concedido

para llevar a cabo tareas de exploración y montaje o construcción de la infraestructura requerida para explotar los minerales. En efecto, si el Estado no puede aceptar propuestas que recaigan totalmente sobre áreas excluidas de la minería y solo puede acogerlas parcialmente cuando se sobrepongan en parte con dichas zonas (artículo 274 del Código de Minas), por lo cual no puede incluir en los contratos de concesión el derecho a explorar y/o explotar minerales en tales espacios (artículo 36 ibídem), a menos que estos hayan sido sustraídos previamente por la autoridad ambiental competente, entonces el concesionario no tendría por qué pagar cánones superficiales sobre las mismas zonas, teniendo en cuenta que no ha adquirido derecho alguno de exploración ni de explotación en relación con las mismas.

Ahora bien, una vez obtenida la sustracción del área excluida, si la autoridad ambiental considera viable y conveniente hacerlo, la propuesta que se refiera a dicha zona puede ser aceptada por la autoridad minera y el área podría incorporarse al respectivo contrato de concesión minera en curso, o dar lugar a la celebración de un nuevo contrato de esa clase sobre el área sustraída. En este evento, por supuesto, el concesionario quedará obligado a pagar el canon superficial sobre el citado terreno desde el momento en el que se produzca el perfeccionamiento del nuevo contrato de concesión o la modificación del que se encuentre vigente.(...)

En el caso de los contratos de concesión minera que se perfeccionaron desde la promulgación de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) hasta el 9 de febrero de 2010 (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Ley 1382), así como aquellos perfeccionados después del 11 de mayo de 2013 (último día de vigencia de la Ley 1382), la Sala entiende (...) que los concesionarios no están – ni estaban - obligados a pagar cánones superficiales sobre “zonas excluibles de la minería”, incluyendo la reserva forestal de la Amazonía, sino únicamente a partir del momento en que la autoridad ambiental decreta la sustracción de las áreas que coincidan con las referidas “zonas excluibles” y las mismas se incorporen al contrato de concesión o sean objeto de un nuevo contrato...».

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina*

BIODIVERSIDAD. RECURSOS GENÉTICOS Y RECURSOS BIOLÓGICOS

*Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los recursos genéticos.
Diferencias con los recursos biológicos*

4 de julio de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00085-00(2124)

...«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”. Hacen parte de ella, no sólo 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. La biodiversidad, a la cual se le ha reconocido un valor científico, político, cultural y ético, 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 pestes agrícolas, ix) la protección contra los rayos ultravioleta, y x) la estabilización del clima, entre otros. 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.

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. En el caso particular de Colombia, el país es calificado como megadiverso. 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. 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 sólo 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. 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.

(...)

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 éstos o el predio que los contiene pueden ser de propiedad pública o privada”. 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”. (...) 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...».

*William Zambrano Cetina, Augusto Hernández Becerra,
Álvaro Namén Vargas*

PROTECCIÓN DE ECOSISTEMAS DE PÁRAMO

Constitución ecológica e interés general

11 de diciembre de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00248-00 (2233)

...«Adicionalmente, en lo que respecta al problema central de esta consulta sobre si la protección del medio ambiente tiene en un momento dado la entidad suficiente para hacer ceder situaciones particulares y concretas existentes en los ecosistemas de páramo en Colombia, la Sala observa que la Constitución permitiría una respuesta afirmativa en la medida que: (i) establece la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1, 2 y 58); (ii) determina el respeto de la libertad económica pero dentro de los límites del bien común y con la potestad legal de delimitarla cuando así lo exija el interés social y el ambiente (artículo 333); (iii) le asigna al Estado la dirección general de la economía y la *posibilidad de intervenir en ella por mandato de la ley, entre otras razones, para mejorar la calidad de vida de los colombianos y preservar un medio ambiente sano* (artículo 334); (iv) permite que el legislador establezca las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables (artículo 360); y (v) consagra el deber de asegurar el suministro de agua potable y saneamiento ambiental como elementos esenciales del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366).

(...)

Así entonces, como el sacrificio de situaciones individuales y concretas no constituye la regla general de actuación del Estado y conlleva un efecto claramente aflictivo para los ciudadanos, la posición jurídica de estos está rodeada de una serie de garantías mínimas como (i) la sujeción estricta del principio de legalidad (cumplimiento de exigencias constitucionales); (ii) la observancia de un debido proceso y (iii) el pago de una indemnización que

evite que la decisión de la Administración se convierta en “*un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución.*”

(...)

En síntesis puede decirse que las situaciones jurídicas particulares afectadas por leyes proferidas en interés público o social, mantienen toda su fuerza y eficacia, en la medida de lo posible para que se respeten hasta su finalización (marchitamiento paulatino); o, en su defecto, para ser compensadas económicamente si existe una carga excesiva en nombre del interés general; o, al menos, para que se establezcan mecanismos de transición hacia los nuevos escenarios normativos.

(...)

Por lo anterior, la Sala coincide con el organismo consultante en que resulta constitucionalmente problemática la exposición de los ciudadanos a cambios intempestivos de la normatividad, que afectan las expectativas económicas y de vida formadas válidamente a partir de la legislación vigente (más aún cuando han sido promovidas, autorizadas o toleradas por el propio Estado), sin que haya periodos o mecanismos legales de transición o de compensación, si fuere el caso. En consecuencia, las soluciones a los interrogantes planteados tendrán que estudiar la forma de hacer compatible estas exigencias constitucionales con los fines de la prohibición legal analizada.

(...)

Por tanto, la aplicación de la prohibición de la Ley 1450 de 2011 que se analiza, sería constitucionalmente problemática si se interpretara al extremo de suponer una orden de ruptura automática e inmediata de los grupos humanos asentados en los páramos con su entorno, o una condena a su estilo de vida y de relación con la naturaleza; y sería aún más controvertible si, como se señaló anteriormente, ello supone poner en riesgo condiciones de vida digna, el derecho a un mínimo vital y el derecho a la alimentación.

De este modo, para esta Sala es claro que la protección de los recursos naturales queda ligada a la obligación constitucional de reconocer, respetar y tener en cuenta a las comunidades que tradicionalmente han derivado su sustento y desarrollado sus proyectos de vida a partir de su interacción con la naturaleza.

(...)

De este modo, frente a las tensiones naturales entre diferentes bienes jurídicos protegidos, la Constitución no exige ni prohija soluciones necesariamente excluyentes o absolutas, sino basadas en mandatos de armonización y solidaridad (todos ayudan a los fines públicos), a través de los cuales se garantice la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2 C.P.). Esta idea de armonización que impregna la Constitución Política de 1991 se ha desarrollado en materia ambiental a partir del principio de desarrollo sostenible (artículo 80 C.P.), del cual se deriva un mandato de equilibrio (no de sacrificio) entre el deber de las sociedades de proteger el medio ambiente y las necesidades colectivas de aprovechamiento y explotación de sus recursos naturales. »...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina*

ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

I. DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL

DECRETOS ESPECIALES

Agotamiento de facultades del Gobierno Nacional

25 de abril de 1958

Radicación: 891-CE-SNG-1958-04-25

...« Cuando el Congreso quiso promover la organización de una empresa colombiana de petróleos autorizó por medio de la Ley 165 de 1948, al Gobierno, para hacerlo. Esta autorización, contenida en el artículo 1° de la citada ley, contemplaba tres maneras de formar la empresa, pero con primacía: Primero debía propenderse a su formación con capital de la Nación, con capital extranjero y con capital nacional privado. Si esto no fuere posible por no obtenerse la participación del capital extranjero, debería formarse la empresa con capital de la Nación y capital privado nacional. Finalmente, si tampoco esto último fuere posible, se autorizaba al Gobierno para organizar la empresa como netamente oficial. Este último caso fue el que sucedió, debiéndose admitir que no fue posible obtener los capitales extranjero y nacional privado después de haberlos buscado, pues tal era el querer del legislador.

Pero la Ley 165 de 1948 no le dio al Gobierno autorización para que, si no lograba la consecución de esos capitales organizara provisionalmente la empresa oficial, por si más tarde era posible conseguir capital extranjero o colombiano para convertir la empresa oficial en sociedad anónima o en empresa de economía mixta. El Gobierno debía preferir estas últimas, pero al no lograrlo quedaba facultado para la tercera fórmula. Así lo hizo por el Decreto número 30 de 1951. Se atuvo a lo que entonces encontró únicamente posible. Tuvo que hacerlo con una de las tres facultades que le daba la ley. Y al hacerlo así hizo uso de todas las tres facultades que se le daban, que deben entenderse otorgadas por una sola vez y con escogencia de una

de las tres, en el orden que les dio el artículo 1° de la Ley 165 de 1948. El Decreto en cita es de aquellos que, según la clasificación hecha por la Corte Suprema de Justicia en repetida jurisprudencia, son llamados “Decretos Especiales”, que tienen fuerza de ley y forman un solo todo con la ley de autorizaciones; distintos de los Decretos-Leyes (expedidos por el Presidente cuando el Congreso lo ha investido de facultades extraordinarias, artículo 76 de la Constitución, numeral 12). Por medio de ellos el Gobierno ejerce una actividad que le es propia, cual es la función administrativa. Pero se diferencian también de aquellos otros por medio de los cuales el Presidente, como suprema autoridad administrativa ejerce la función constitucional de reglamentar las leyes (Decretos Reglamentarios), ya que el ejercicio de esta no requiere la aprobación del Congreso.

El Decreto 030 de 1951, no es técnicamente un simple decreto reglamentario de los que puede dictar el Presidente como suprema autoridad administrativa en cumplimiento de las atribuciones que le señala el ordinal 39 del artículo 120 de la Constitución. Es, sustancialmente la normación propia del servicio que hubiera podido dictar el Congreso dentro de sus atribuciones y por ello, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema ha dicho que tales decretos, aunque bajo la forma de actos administrativos, son verdaderas leyes. Sígnese de ello que, dictado el Decreto, el Presidente puede luego reglamentarlo en la medida necesaria para el completo y cabal desarrollo de los fines perseguidos tanto por él como por la ley de autorizaciones que lo originó. Pero esta reglamentación debe acomodarse al principio conforme al cual el Presidente al ejercer la potestad reglamentaria, debe moverse dentro de los cauces esenciales del texto reglamentado, sin revocarlo, modificarlo o suspenderlo, pues atribuciones son estas que ya no pertenecen de ordinario al Órgano Ejecutivo sino al Congreso mismo. Para el caso de la consulta, el Presidente puede, por la vía de la reglamentación, dictar todas las medidas que estime prudentes y necesarias para el buen funcionamiento de la empresa nacional de petróleos, pero entendida como empresa oficial y sin modificar la estructura básica que adoptó al utilizar las autorizaciones legislativas.

Sin embargo, dentro de esta tesis, el artículo 12 del Decreto 030 de 1951, aparece como una normación o previsión de tipo legislativo, también susceptible de ser desarrollada mediante el reglamento, tal como lo consulta el H. señor Ministro de Minas y Petróleo. Mas ocurre que lo que en realidad de verdad contiene ese artículo, es una reserva hecha por el poder ejecutivo, de unas autorizaciones legislativas, que razonablemente entendidas, no son

intemporales, o indefinidas, sino lógicamente limitadas por la naturaleza de la materia y la oportunidad para desarrollarla. El Congreso previó, razonablemente, que podían adoptarse distintos métodos y diferentes principios para organizar la empresa nacional de petróleos tal y como se explicó anteriormente. Pero no puede concebirse que en materia de tanta gravedad, hubiera querido que de tales autorizaciones se fuera haciendo uso indistinto a medida que las circunstancias cambiaran. Así entendida la Ley 165 de 1948, aparecería como una delegación de carácter permanente que el órgano legislativo hubiera consentido en hacer al Gobierno, de una facultad suya, que si bien accidentalmente puede cometer en el órgano ejecutivo, debe entenderse agotada una vez que de ella se hizo el uso previsto. Otra interpretación conduciría a admitir una tesis perturbadora de la separación de funciones que la carta fundamental atribuye a cada uno de los órganos o ramas del poder público.

De otro lado, la reserva de facultades que contiene el artículo 12, en su ejercicio práctico, confirma la tesis anterior, pues, en el supuesto de que no hoy, sino dentro de cuatro o cinco años, las circunstancias aconsejaran el cambio de estructura de la Empresa Nacional de Petróleos, allí estaría aparentemente el poder bastante para que el Presidente de la República, so pretexto de la facultad reglamentaria, viniera a ejercer una atribución que de ordinario y por mandato de la Constitución corresponde ya al Congreso. En síntesis, pues, el artículo 12 es inocuo y no presta apoyo constitucional suficiente al Gobierno para cambiar, por vía de reglamentación, la actual estructura de la Empresa. Si constitucionalmente las autorizaciones especiales que al Gobierno se dan en estos casos, deben constar en el acto expedido por el Congreso, y solo en él, la reserva de facultades del artículo en cita, que no significa cosa distinta de otras autorizaciones al Poder Ejecutivo, vendrían a ser dadas al propio Gobierno por sí mismo, solución inadmisibles dentro del régimen establecido por nuestra Carta Fundamental. »...

Carlos Portocarrero Mutis

A. DECRETOS CON FUERZA DE LEY

DECRETOS LEGISLATIVOS

No requieren de ratificación legal

19 de agosto de 1917

Radicación: 1046-CE-SNG-1917-08-19

...«Los decretos de carácter provisional legislativos, o sea decretos de carácter extraordinario, no ratificados por ley alguna, que hubiere dictado el Presidente de la República en ejercicio de la potestad legislativa que le confería el artículo 121 de la Constitución Nacional, dentro o fuera de los límites de dichas facultades extraordinarias, ¿tienen hoy fuerza legal obligatoria, no obstante el mandato constitucional consignado en el inciso 4.º del artículo 83 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformativo de la Constitución Nacional, que dispuso de manera clara y terminante la insubsistencia de ellos al ser restablecido el orden público; o dichos decretos legislativos (de orden fiscal), quedaron sin fuerza legal obligatoria por ministerio de la reforma constitucional citada, desde el día 1.º de diciembre de 1910, fecha en que entró en vigor en todo el país el Acto Legislativo número 8 de 1910.?

(...)

Los decretos de carácter legislativo que hubiere dictado el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le confería el artículo 121 de la Constitución Nacional, aunque no hayan sido ratificados por ley, tienen fuerza legal obligatoria en tanto que no sean derogados por el legislador o declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lácides Segovia.

DECRETOS EXTRAORDINARIOS

Agotamiento de facultades extraordinarias

30 de agosto de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1370 (1370)

...«La concesión de las facultades extraordinarias está supeditada a dos reglas esenciales: la temporalidad y la precisión de la materia delegada; la primera, persigue evitar el uso de las facultades en forma permanente por el gobierno, y la segunda, garantizar que, previamente a su ejercicio, el contenido y el alcance de los asuntos habilitados esté claramente delimitado, de modo que la esfera de acción del Presidente se concrete de manera inequívoca.

(...)

Es así como la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia ha sido pacífica al sostener que las facultades extraordinarias son, por esencia, temporales y sólo pueden ser ejercidas por una sola vez. Así, aunque la atribución conferida al gobierno por el Constituyente en el artículo 42 permite concluir que no está limitada en el tiempo, sino sujeta a la condición del ejercicio de la función propia por el legislador, a la cual éste no le ha dado desarrollo sobre la materia de que se trata, y además que las autorizaciones de esta manera otorgadas no pueden ser analizadas con fundamento en el artículo 150.10 de la Carta, por tratarse de una habilitación excepcional transitoria, para la Sala no existe duda que las facultades del artículo 42 periclitaron...»

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

B. DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL

Deben ser suscritos con el Ministro o Director de Departamento Administrativo

14 de noviembre de 1991

Radicación: 201-CE-SC-EXP1991-N415.

...«La Sala entiende que el único acto del Presidente de la República que no requiere ser suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, es el de nombramiento y remoción de estos colaboradores. Por tanto, aquellos actos que el Presidente expida no solamente en su calidad de Jefe de Gobierno sino también de Jefe de Estado y de Suprema Autoridad Administrativa, carecerán de valor y fuerza jurídicos mientras no sean suscritos y comunicados por los respectivos Ministros o Directores de Departamento Administrativo.»

*Javier Henaó Hidrón, Jaime Betancur Cuartas,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

DECRETOS EXPEDIDOS EN DESARROLLO DE LEYES MARCO

Naturaleza jurídica

6 de abril de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1255(1255)

...« En este orden de ideas la Sala estima que por medio de la ley marco o cuadro la rama legislativa define principios y criterios generales, en cuya virtud se orienta la tarea estatal de regulación de los asuntos sometidos a dicha institución, es decir, estructura un marco dentro del cual el ejecutivo debe dictar los reglamentos encargados de desarrollar los principios y criterios señalados por el legislador. En consecuencia y en atención a la filosofía que inspira este tipo de instituciones, los decretos que expide el Presidente de la República en desarrollo de dichas leyes son de carácter administrativo y reglamentario, poseen un ámbito más amplio que el previsto para los decretos proferidos en aplicación del numeral 11 del artículo 189 de la Carta, dada su finalidad de perfeccionar y completar las materias objeto de su regulación.

La facultad del ejecutivo para reglamentar la ley se circunscribe a adoptar los instrumentos necesarios para el adecuado cumplimiento de la misma. Si el reglamento contiene disposiciones relacionadas con materias no previstas en la ley marco, o que van más allá de los criterios contemplados por ella, desborda el ejercicio de la potestad reglamentaria. La Sala de Consulta y Servicio Civil, contrario al planteamiento expuesto en forma reiterada por la

Sala Contencioso Administrativa, considera que los reglamentos proferidos en desarrollo de las leyes marco están subordinados a éstas y, por tanto, su ámbito de regulación se enmarca dentro de los criterios generales por ella fijados, sin que puedan llegar a modificar o derogar la legislación existente sobre la materia pues, de hacerlo, invadirían la órbita de competencia del legislador, la que en ningún momento ha sido transferida al ejecutivo.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

POTESTAD REGLAMENTARIA

Ejercicio por autoridades distintas al Presidente de la República

7 de septiembre de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00034-00(1735)

...«Cabe entonces preguntarse ¿Puede el legislador atribuir potestad reglamentaria a autoridades administrativas distintas al Presidente de la República? Este interrogante no ha encontrado una respuesta pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fundamentalmente porque en ocasiones el órgano de control constitucional equipara el concepto constitucional de reglamentación tal como se enuncia en el artículo 189 (11), con la facultad de regulación, que aunque pertenece naturalmente a la reserva de ley, puede ser ejercida por otras autoridades previa asignación constitucional o legal.

No obstante la confusión doctrinaria y jurisprudencial existente entre poder de regulación y potestad reglamentaria, pareciera que la Corte Constitucional logró delinear la diferencia entre ambas facultades a través de la sentencia C-066 de 1999, por medio de la cual declaró inexecutable el numeral 5 del artículo 3 de la ley 105 de 1993 que facultaba al Ministerio de Transporte para establecer condiciones para la prestación del servicio de público de transporte, y a su vez encontró executable el numeral 6° del mismo artículo.

(...)

En medio de esta confusión conceptual, la Sala acoge el aporte jurisprudencial contenido en las sentencias de la Corte Constitucional C-066 de 1.999 y C-085 de 2.001, en virtud de las cuales la potestad reglamentaria, constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, debe distinguirse de la facultad que pueden tener los Ministros para regular aspectos de carácter operativo o técnico que se relacionen con el sector

administrativo bajo su dirección. (Esta posición se encuentra también, entre otras, en las sentencias de la Corte Constitucional C-567 de 2.000 y C-090 de 2.001 y en la Sentencia del Consejo de Estado correspondiente al expediente 1458 de 1.996). »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria no es el medio para declarar que una ley fue derogada

18 de junio de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-000193-00 (2143)

...«1. La potestad reglamentaria no le otorga al Presidente de la República la capacidad de modificar, limitar o extender la ley a situaciones no previstas en ella ni para hacerle producir efectos distintos de los establecidos en la ley. Esta regla se desprende necesariamente de la atribución constitucional exclusiva del Congreso de la República para dictar la ley, para modificarla o derogar la preexistente y para interpretarla con autoridad, de acuerdo con los artículos 150-1 de la Constitución política y 25 del Código Civil, según se ha explicado.

2. De acuerdo con el principio de jerarquía la norma derogatoria debe ser de rango igual o superior al de la norma derogada. Por consiguiente un decreto reglamentario, que es por definición jerárquicamente inferior a la ley, mal podría prevalecer sobre ella como tampoco derogarla. Esta es posición unánime tanto de la Sala como de la Sección Tercera de esta Corporación y de la Corte Constitucional.

(...)

No puede el Presidente de la República recurrir a la potestad reglamentaria para ejercer competencias propias del Legislador, como son las de derogar o interpretar las leyes ni, por tanto, para hacer expresas por medio de decreto las derogatorias tácitas deducibles de las leyes según lo expuesto en este concepto.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

REGULACIÓN

Noción. Diferencias con la potestad reglamentaria

14 de septiembre de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00066(2291)

...« El término regulación, entendido como una forma de intervención en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la garantía de la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos, implica, no sólo la promulgación de normas jurídicas de contenido general y abstracto, sino también la utilización de otros instrumentos, tales como la expedición de actos administrativos de carácter particular, el reconocimiento de incentivos económicos, la inversión de recursos, la entrega de información, el otorgamiento de autorizaciones o permisos, la vigilancia de la actividad, la imposición de sanciones administrativas y la definición de tarifas, entre otras medidas. De ahí que se haya señalado que el concepto de regulación no es exclusivamente jurídico, sino que involucra elementos de otra naturaleza.

(...)

No obstante lo anterior, hay que advertir que una de las dificultades del concepto de regulación en el sentido específico antes señalado, corresponde a delimitar su campo de aplicación, pues el término tiene claras raíces en el Derecho anglosajón donde se identifica de forma pragmática con todas las actuaciones realizadas por la agencia de regulación. En el mismo sentido, pretender una coincidencia de la “regulación” en sentido específico con cualquier intervención estatal conduciría a una imprecisión y generalidad que no permite aportar al análisis de sus características y límites. En efecto, el paso del Estado liberal al Estado Social de Derecho expuesto por Carl Schmitt y analizado por Luciano Parejo muestra que el Estado se ha convertido en un “auto organización de la sociedad”, y por ello, los problemas sociales y económicos mutan a problemas políticos. La sociedad convertida

en Estado se transforma en Estado económico. Por lo tanto “en él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”.»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.*

C. FACULTAD NOMINADORA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

FUERZAS MILITARES

Nominación por el Presidente de la República

13 de mayo de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1559 (1559)

...« En síntesis, el Presidente de la República tiene una doble facultad: de una parte, de conformidad con el artículo 173, numeral 2°, en concordancia con el artículo 189 numeral 19 de la Constitución Política, previa aprobación del Senado de la República, la de conferir los ascensos a los oficiales de más alto rango tanto en las Fuerzas Militares como en la Policía Nacional; y, de otra, tiene la facultad y función nominadora de estos mismos oficiales de más alto grado, para ocupar los cargos de dirección en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional.

Al Gobierno Nacional le compete la determinación de los ascensos e ingreso al escalafón de los demás oficiales de estos dos cuerpos.

Al Ministro de Defensa Nacional le compete la determinación del ingreso y ascenso de los suboficiales de las fuerzas armadas, facultad que puede delegar en los comandos de las respectivas fuerzas. ...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

ELECCION DE FISCAL

Facultad de postulación y modificación de la terna para su elección

28 de octubre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00113-00(2043)

...« Como se ha observado, el acto por medio del cual el Presidente elabora la terna de candidatos a la Fiscalía no crea un derecho subjetivo o situación jurídica individual y concreta para las personas que sean postuladas por el Presidente. En su condición de candidatos, apenas tienen una expectativa de ser elegidos para el cargo de Fiscal y por consiguiente, no tienen derecho adquirido al cargo ni a permanecer en su condición de candidato, puesto que este último extremo pertenece al ámbito de las competencias constitucionales del Presidente de la República para proponer candidatos a la Fiscalía. La mera expectativa, por no consistir en un derecho consolidado, impide afirmar la existencia de un derecho adquirido y la nominación es, por consiguiente, revocable.

La acción presidencial consistente en proponer o postular candidatos confiere al agraciado una oportunidad incierta, una simple posibilidad de ser elegido. A quien corresponde culminar el procedimiento y propiamente decidir quién habrá de ocupar el cargo, es a la Corte Suprema de Justicia. Entre tanto, todo se reduce a preparativos para una elección y expectativas de quienes tienen una fundada aspiración al cargo. Pero la terna no es inmutable, ni representa nada que en el mundo del Derecho impida la posibilidad de cambios, que si se presentaren en manera alguna afectan derechos subjetivos. Es claro entonces que, como se trata simplemente de un acto de trámite, la eventual modificación o revocatoria de la terna no tropieza con la exigencia del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, relativa al “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

II. ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO

A. NIVEL NACIONAL

RENUNCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

No es procedente si altera el orden público

9 de abril de 1831

Gaceta: 512

...«Convocados extraordinariamente i reunidos en la sala de sesiones los señores consejeros Vergara presidente, Mendoza, Pei, García del Rio, Sans Santamaria, Pardo, Borrero, Santamaria i Escobar, se presentó en ella el escmo. señor general Rafael Urdaneta encargado del poder ejecutivo, i poniendo de manifiesto al consejo la situación del país (...) En tales circunstancias es preciso que el consejo se ocupe en consultar si será conveniente que se separe del mando, ó que continúe hasta la reunión del congreso de Leiva solamente, porque más allá no hai poder humano seguir en el destino que ocupa.

(...)

Por lo espuesto, concluyó, que era de opinión que el señor general Urdaneta sin dejar de emplear todas las medidas conciliatorias que estuviesen á su alcance, no debe separarse del mando porque de lo contrario perdería mucho de la consideración que merece. De esta misma opinión, con diferencia de algunas causales, fueron los señores Sans Santamaria, Mendoza i Santamaria; i el señor presidente juzgado que estaba bastante discutido el punto puso a votación “si el consejo consulta al ejecutivo que debe continuar en el mando hasta la reunión del congreso de Leiva” i resultó afirmado por ocho votos. En el progreso de la discucion el Señor García

del Rio autorizado por el gobierno, puso en conocimiento del consejo que acababa de llegar el correo de Mompox, i que tanto por las comunicaciones oficiales como por cartas particulares se sabía que la revolución del Magdalena continuaba, que el jeneral Luque se había puesto a la cabeza , i que estaba situada la plaza de Cartajena; que Santamaria i la Cienega se habían revolucionado declarándose estado soberano, i que acaudillaban esta conmocion los jenerales Carmona i Portocarrero. Los señores del consejo creyeron que esto mismo probaba i aumentaba la necesidad de que el señor jeneral Urdaneta no se separase del mando. La otra proposición, relativa a enviar comisionados a Neiva i al Cauca para promover que reconozcan nuevamente al gobierno, o que a lo menos cesando las hostilidades, permanezcan en el estado en que se hallan hasta que se verifique la reunión del congreso para el cual deben enviar sus representantes, fue aprobada unánimemente, i a propuesta del señor Borrero se difirió tratar de la tercera hasta que el curso de los acontecimientos vaya indicando lo que deba hacerse en el caso de que no tena lugar la reunión del congreso, i que de ello se ocupará el consejo siempre que los comisionados que se envíen indiquen la necesidad de consultarlo, i en seguida se levantó la sesión...»

Estanislao Vergara

RENUNCIA DEL VICEPRESIDENTE

Se considera peligrosa en la medida que puede afectar la estabilidad del país

13 de mayo de 1831

Gaceta: 517

...«Luego el señor ministro del interior dijo que S.E. el vicepresidente de la República le había ordenado dar cuenta al consejo de estado actual de las cosas después que tuvieron lugar los tratados de Apulo, lo cual aunque había determinado hacerlo desde días pasados, ha sido impedido por las ocurrencias i ocupaciones que han sobrevenido. Después que S.E. fue llamado al mando, añadió, en virtud del tal convenio, tuvo lugar la batalla de Gerniza en donde fueron destruidas las fuerzas que estaban á las órdenes del jeneral Briceño, i la inmediata reunión de las del jeneral Moreno, con las que venían del Sur de la República al mando del jeneral Lopez. S. E. consideró que era menester dar unidad al ejército refundiendo en una sola masa las dos divisiones mencionadas i la del Callao que existe en la capital, a cuyo fin encomiendo el mando de todas ellas al jeneral Hilario Lopez, el cual ha sido reconocido. Después se ordenó, que parte de la división Callao, saliese a incorporarse con las otras que se aproximaban para que juntas entrasen en la capital, pero esta medida ha presentado muchos inconvenientes, de suerte que ayer, i aun hoy mismo, parecía que las divisiones habían de venir a las manos. El gobierno, prosiguió por la heterojeneidad de esas tropas i circunstancias particulares que le rodean, no ha podido obrar con la decisión i enerjia que era del caso, sino que conciliando su decoro, i tratando de evitar la efusión de sangre, ha dado todos los pasos que han de estar a su alcance para propender a la amistad i armonía que deben reinar entre las diversas tropas que pertenecen a una misma nación. Actualmente se ha tomado la medida de que tanto el jeneral Jimenes como los oficiales de la división de su mando que no son de este país, pidieran sus pasaportes i se retiraran acia Venezuela, habiendo obtenido del gobierno un decreto honroso i los ausilios necesarios para su transporte. Después de esto se marchara la parte de la

división a las órdenes de distinto jefe a incorporarse con las otras, i entonces, después de su entrada, se hará la disminución del ejército, reduciéndolo a lo mui preciso. Puesto asi se manifestó el estado actual de los negocios, concluyó haciendo presente, que S.E. el vicepresidente deseaba, que el consejo meditase si sería conveniente, atendidos sus comportamientos, renunciar o separarse del mando i que el consejo nombrase otro magistrado, a cuyo lado permanecería si fuese necesario emplear sus esfuerzos para su consolidación. Los señores consejeros manifestaron unánimemente su opinión por la negativa, atendiendo a que no era oportuno el paso propuesto, sino antes bien peligrosísimo, porque aunque en Apulo se convino secretamente que después de algún tiempo renunciara el señor Caicedo, esto fue en el supuesto de que no pudiese conciliar los partidos lo cual se va logrando con buen suceso. Esto, unido a la consideración de que el consejo de Estado solo tiene la facultad de nombrar jefe del gobierno cuando hai una verdadera vancante, o impedimento físico del encargado del poder ejecutivo; i a que es preciso que la convención se convoque por S.E. para que goce de un carácter de legitimidad, hizo decidir unánimemente al consejo se diga a S.E. el vicepresidente que se sirva continuar en el puesto que ocupa para ahorrar los males que con su separación pudieran sobrevenir, esperando el consejo de su patriotismo i propensión al bienestar i felicidad del país, que no tendrá inconveniente en hacer ese sacrificio, atendidas las razones espuestas i las demás que le decidieron a salir del reposo de la vida privada, cuando se declaró en ejercicio del poder ejecutivo. En seguida se levantó la sesión. »

José María del Castillo

CENSO DE POBLACIÓN DE LA REPÚBLICA

Competencia del Gobierno Nacional para realizar enmiendas o correcciones

5 de julio de 1915

Radicación: 481-CE-SNG-1915-07-05

...«Se pregunta: habiéndose incurrido, como se incurrió manifiestamente, en un error al totalizar la población urbana y rural del Distrito de Envigado, ¿debe hacerse la enmienda o corrección necesaria para restablecer la verdad en el censo, respecto de esa población?

(...)

Rigen sobre censo de población la Ley de 1° de abril de 1858, en cuanto sea compatible con las actuales instituciones, y las que la adicionan y reforman, a saber: La Ley 82 de 1888; la Ley 8 de 1904; la Ley 2 de 1911. La dirección de este importante ramo ha estado siempre a cargo del Gobierno Nacional, de acuerdo con las disposiciones contenidas en las Leyes mencionadas; y esa dirección se ha ejercido por medio de los Secretarios o Ministros encargados del Departamento de Política Interior. Sólo en 1907 se atribuyó esa función al Ministro de Hacienda y Tesoro por la Ley 31 de 1907. Los cuadros generales del censo de población formada en el año de 1905, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8 ° de 1904, fueron aprobados por los Gobernadores de los Departamentos, excepto los de Bucaramanga y Cúcuta, y enviados a la Oficina Central de Estadística Nacional. Los Gobernadores, Prefectos, Alcaldes y Concejos quedaron especialmente encargados de cumplir y hacer cumplir dicha Ley en todas sus partes, bajo su inmediata responsabilidad (artículo 13). De modo que el censo de 1905 está rigiendo en la República para los efectos legales y especialmente en el ramo electoral, en virtud de lo prescrito en el artículo 12 de la Ley 53 de 1912, sobre división territorial electoral y reformativa de algunas disposiciones sobre elecciones.

Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudican, y deben ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador. Si esto puede hacerse en actos legislativos en que debe interpretarse la voluntad soberana, no hay duda que ese mismo procedimiento puede aplicarse por analogía en actos cuya modificación tiene por objeto únicamente enmendar un error evidente o manifiesto; esto es, el de establecer, una verdad numérica.

En cuanto al empleo o corporación pública a quien corresponda hacer la enmienda, debe advertirse que de acuerdo con la Ley 63 de 1914 la formación de la estadística nacional abarcará, según las condiciones del país, todas las ramas o secciones que comprende técnicamente la materia (artículo 1°); la Dirección General del ramo funcionará en la capital de la República, y se establecerá una Dirección Subalterna en cada uno de los Departamentos, Intendencias y Comisarías, con residencia en la respectiva capital (artículo 2°); el Ministro a cuyo Despacho se adscriba el ramo de Estadística es el inmediato superior del Director General (artículo 30); el Gobierno reglamentará dicha Ley y dictará las medidas que demande el buen servicio (artículo 38), y la Ley 31 de 1907 y las demás disposiciones que le sean contrarias quedarán derogadas (artículo 39). Ahora bien: siempre ha sido el Director General de Estadística el encargado del ramo, de solicitar, recibir, y hacer publicar todo lo relativo al censo de población de la República, bajo la inmediata dirección de algunos de los Ministros del Despacho, ya sea que se tomen en consideración los Decretos números 628 de 13 de junio, 828 de 28 de julio de 1905 y 1298 de 1906, expedidos en desarrollo y ejecución de la Ley 107 de 1892, ya sea que se atienda a lo dispuesto en la Ley 31 de 1907, ya sea, en fin, que se tome como norma la Ley 63 de 1914, que actualmente rige sobre la materia.

De modo pues que es en la Oficina Central de Estadística Nacional en donde debe hacerse la corrección o enmienda a que haya lugar; esto es, en donde debe hacerse un examen escrupuloso de todas las operaciones numéricas ejecutadas por las Oficinas Subalternas, a fin de que el censo de población y la estadística en general de cada Distrito, Provincia, Intendencia, Comisaría o Departamento, sea la expresión de la verdad.

Respecto del Ministerio al cual esté adscrito el ramo de Estadística, observo que entre los decretos vigentes sobre la materia no existe ninguno que reglamente la Ley 63 de 1914 y que determine cuál debe ser ese Ministerio, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 30 de la citada Ley.

No queda vigente sobre el particular, en mi opinión, otro Decreto que el número 924 de 1905, por el cual se hace la diversificación de los negocios del Gobierno entre los Ministros del Despacho, expedido en desarrollo del artículo 132 de la Constitución. Ese Decreto en su artículo 2° dice en la parte pertinente: “Corresponde al Departamento de Política interior todo lo relativo... al censo de la República, a la estadística general que no corresponda a otro Ministerio, etc”. El ramo de Política Interior está adscrito al Ministerio de Gobierno, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1° del mencionado Decreto. De modo que mientras no se resuelva otra cosa por el Poder Ejecutivo, el ramo de Estadística en las dos materias dichas depende del Ministerio últimamente mencionado»...

Bonifacio Vélez

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO

Concepto y diferencias

4 de junio de 1922

Radicación: 261-CE-SNG-1922-06-04

...«Para resolver la consulta de que se trata hay que considerar que las personas jurídicas son de derecho público o de derecho privado, siendo las primeras aquellas entidades que por uno u otro aspecto, y en consonancia con las disposiciones pertinentes de la Constitución o de las leyes, deben intervenir en el manejo y dirección de la cosa pública y de los intereses procomunales, y las segundas, las entidades que los particulares o personas naturales al amparo de la ley, sometándose a las prescripciones de ésta y en ejercicio del derecho natural de asociación, constituyen para la gestión y el fomento de sus propios negocios.

De la primera clase tenemos en Colombia las personas jurídicas conocidas con los nombres de la Nación, o más propiamente el Estado, los Departamentos y los Municipios, cuya existencia se halla expresamente reconocida y reglamentada por la Constitución Nacional, a las cuales pudiéramos agregar, por cierto aspecto, la Iglesia Católica, cuya existencia como persona jurídica independiente se halla también expresamente reconocida en el Título 4o de la misma Constitución. Además de estas personas jurídicas pertenecientes al derecho público tenemos los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley con ese carácter.

A las personas jurídicas de derecho privado corresponden todas las compañías o sociedades de carácter civil o comercial que atemperándose a las prescripciones de las leyes sobre la materia forman los particulares, las cuales no necesitan de la intervención del Poder Ejecutivo para su

reconocimiento y existencia, pues surgen a la vida una vez que se hayan establecido de conformidad con las disposiciones pertinentes, como sucede con las sociedades en comandita y anónimas.

También pueden los particulares formar otras asociaciones de índole diversa, científicas, artísticas, literarias, de mera recreación, de caridad y beneficencia, como son la academias, clubes, casinos, sociedades de Sao Vicente de Paúl, las cuales no pueden llegar a existir ni funcionar sino mediante la investidura que les da el Gobierno de personería jurídica, una vez que se ha cerciorado de la licitud de los fines que se proponen mediante el examen de los correspondientes estatutos.»...

Jorge Vélez, Miguel Abadía Méndez, Ramón Correa.

ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Su finalidad es la mejor prestación de los servicios públicos.

7 de diciembre de 1961

Radicación: CE-SNG-1961-12-07

...«[P]ara responder a la pregunta del Gobierno, el Consejo puede decirle que en innumerables sentencias se ha definido por él el establecimiento público y sus elementos conformatorios y funcionales a la luz de la doctrina y de la legislación nacional. En general se ha admitido y tiene por establecimiento público «un modo de gestión del servicio público cuyo carácter fundamental es el hecho de que el servicio es dirigido y prestado por un organismo público, que, por razón de la personería jurídica, tiene autonomía para la prestación. El fenómeno que se designa por algunos autores como la patrimonialización del servicio, saca a éste fuera del giro ordinario de la administración, efectuando una descentralización para la prestación del mismo». (Sentencia de 30 de junio de 1960 caso de la Beneficencia de Cundinamarca, Consejero doctor Gómez Valderrama). Además, y en desarrollo de principios conocidos sobre la materia, el Consejo ha dicho que las características fundamentales del establecimiento público son las siguientes:

«1° Origen en la ley, por creación o transformación;

«2° Personería de Derecho Administrativo, emanación de la Administración;

«3° Patrimonio propio que tiene el carácter de patrimonio público;

«4° Organización autónoma, para los fines del servicio, sin ánimo de lucro, con independencia económica y administrativa;

«5° Sujeción al sistema general de control de legalidad;

«6° Poder de reglamentación interna en desarrollo de su autonomía, y

«7° Existencia limitada a lo relacionado con su finalidad de servicio público». (Sentencia citada) (1).

La razón de ser de los establecimientos públicos, ya tengan origen legal, ora se transformen en tales, por modificaciones del mismo carácter, no es otra que la de propender por la mejor prestación de los servicios públicos, separando su organización del rol general de la administración, mediante la afectación a ellos, de determinados bienes que quedan constituidos en su patrimonio, y dotándolos por medio de personería jurídica de una plena autonomía para organizar, planear, financiar y prestar el servicio correspondiente.»...

Guillermo González Charry

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Entidades de naturaleza asociativa y entidades de naturaleza fundacional

19 de febrero de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N-777(777)

...«La Nación o entidades descentralizadas directas pueden, por consiguiente, formar entidades descentralizadas indirectas, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas. Igualmente pueden crear, con la necesaria facultad legal o estatutaria, fundaciones o instituciones de utilidad común.

De ahí surgen dos modalidades de personas jurídicas: Las entidades de naturaleza asociativa (asociaciones entre entidades públicas o de participación mixta) y las entidades de naturaleza fundacional (organizadas con recursos públicos, exclusivamente, o con recursos mixtos).

Las fundaciones o instituciones de utilidad común, creadas con recursos públicos, son establecimientos públicos. Y las asociaciones entre entidades públicas, son entidades descentralizadas indirectas a las cuales se les aplican las normas previstas para los establecimientos públicos, sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación.»...

*Javier Henaó Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Noción

8 de marzo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N792

...«1.1. En el lenguaje corriente el término administración designa la actividad o gestión de un asunto; también el órgano u órganos encargados de realizar esa actividad.

Etimológicamente y según la tesis más corriente, el término administración proviene de la integración de dos palabras latinas: “ad” y “ministrare” que significan “servir a”; según otros dicho término resulta de la contracción “ad manus trahere”, que designa “un manejo” o “gestión”.

En cuanto al término vulgar, la palabra administrar es equivalente a gobernar, regir o cuidar. El administrador es en la mayoría de los casos quien cuida bienes ajenos, sentido que es aplicable a la Administración Pública, por cuanto gestiona bienes o intereses ajenos: los de la comunidad política a la que el órgano administrativo está en la obligación de servir.

Significó inicialmente el término Administración Pública, la actividad estatal que ejecuta la ley. Hoy en día su mayor dificultad radica en precisar su alcance de tal manera comprensivo que abarque toda la actividad del Estado desarrollada a través de sus distintas ramas y organismos.

1.2. Para tratar de solucionar el problema, la jurisprudencia y la doctrina han abocado su estudio desde dos puntos de vista: uno material u objetivo y otro orgánico o subjetivo.

1.2.1. La administración pública desde el punto de vista material u objetivo

En este sentido comprende toda la actividad o gestión ejercida por los órganos del Estado. De consiguiente, el término Administración Pública

involucra las funciones administrativas que ejerzan los distintos organismos del Estado(...)

1.2.2. La administración desde el punto de vista orgánico o subjetivo

Bajo esta prospectiva la Administración Pública está relacionada con el órgano u órganos encargados de realizar funciones administrativas.

Partiendo de la tridivisión de los poderes del Estado preconizada por Montesquieu, a cada una de las ramas del poder público le fueron asignadas determinadas funciones, de tal manera que la función legislativa debía ser ejercida exclusivamente por el poder legislativo, la función administrativa por el ejecutivo y la jurisdiccional por los jueces y magistrados.

En tal sentido, a la administración se le identificó con la Rama Ejecutiva del Poder Público, lo que motivó su denominación de administrativa. Consecuencialmente y bajo esta aplicación la función administrativa se circunscribió con exclusividad a la rama ejecutiva; a los actos de administración que desarrollaban los órganos del poder legislativo y del poder judicial se les consideraba como legislativos y judiciales.

1.2.3. En este orden de ideas, a fines del siglo XIX se llegó a considerar desde un punto de vista subjetivo u orgánico que: la administración era un complejo orgánico que se comprendía dentro del marco del poder ejecutivo; que su misión era la de ejecutar la ley; que existía identidad entre administración y el órgano ejecutivo “ya que aquella es igual a este, menos gobierno” (Manuel María Díez. Derecho Administrativo, pág. 102). Con fundamento en esta concepción la doctrina y la jurisprudencia acogieron la teoría residual de la Administración Pública consistente en que esta resulta de sustraerle al ámbito de la actividad del Estado todo lo concerniente con las actividades legislativa y jurisdiccional; lo que queda, es decir lo residual, equivale a la actividad propia de la Administración Pública. Esta posición no resiste detenido análisis; en efecto, no solo el ejecutivo expide actos administrativos típicos de la Administración Pública “sino que existen otros que tienen un contenido evidentemente legislativo, como los reglamentos, por ejemplo, y, en ciertas oportunidades y como consecuencia de la legislación positiva vigente, el poder ejecutivo puede realizar actos con contenido jurisdiccional” (op. cit., pág. 103).

Se tiene entonces y según lo expuesto que la actividad del poder ejecutivo no se circunscribe a una simple ejecución de la ley; son muchas las situaciones en las que profiere actos que, desde el punto de vista material,

pueden calificarse como propios de la función legislativa o judicial como ocurre cuando decide sobre la titularidad de los derechos y la imposición de obligaciones por controversias entre particulares o cuando ejerce la potestad reglamentaria; estos actos serían formalmente administrativos, por cuanto provienen del órgano ejecutivo del Estado, pero su contenido material es de naturaleza jurisdiccional o legislativa dada su naturaleza.

(...)

1.2.4. En síntesis, de acuerdo con lo sostenido por algunos autores, el concepto de Administración Pública desde un punto de vista subjetivo, se definiría como aquella parte de la actividad administrativa que desarrolla el poder ejecutivo. Esta apreciación conceptual de administración, entendiéndola como función propia y exclusiva de la rama, la ejecutiva, no ha sido admitida en las últimas décadas por cuanto se ha considerado que, si bien a la administración desde un punto de vista orgánico o subjetivo le están asignadas funciones típicamente administrativas, no es menos cierto que en ocasiones tales funciones sean desempeñadas por las ramas legislativa y judicial.

(...)

1.2.8. En conclusión, de acuerdo con la doctrina más aceptada en la actualidad, el ejercicio de la función administrativa no corresponde de manera privativa a una rama del poder, aunque primordialmente sea ejercida por la rama ejecutiva. El contenido del acto es el punto de referencia fundamental que permite determinar si se actúa en ejercicio de la función administrativa o no.

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COOPERATIVAS

Son entidades públicas

6 de junio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N809(809)

...«La Ley 79 de 1988, en el Título II sobre el Sector Cooperativo, al describir en el capítulo IV otras formas asociativas, dispone: “Artículo 130. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los departamentos (intendencias y comisarías) y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades.”

Posteriormente el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 131 de la mencionada ley, expidió el Decreto - ley 1482 de 1989, que regula, entre otras entidades, a las empresas de servicios bajo la forma de administraciones públicas cooperativas. Este decreto, entre otras cosas ordena: que serán de iniciativa de la Nación, los departamentos, los distritos y municipios mediante leyes, ordenanzas o acuerdos; que tendrán personería jurídica que les reconocerá el Departamento Administrativo de Cooperativas, DANCOOP; que el pago de los aportes y demás contribuciones económicas por parte de las entidades públicas que las establezcan, estará supeditado a las apropiaciones presupuestales que para tal fin deben efectuar las entidades asociadas sujetas a tal requisito. Lo anterior indica el origen presupuestal de los recursos utilizados para cumplir con los aportes ordinarios o extraordinarios de las entidades asociadas y con los cuales se forma el patrimonio de las administraciones públicas cooperativas.

De tal manera que no ofrece duda alguna la naturaleza pública de tales recursos (art. 25 Decreto 1482 / 89) y su afectación a la prestación

de servicios públicos (art. 1º ibídem), independientemente del régimen especial de funcionamiento, integrado por elementos de derecho público y de derecho privado, al que están sujetas dichas entidades. Por consiguiente, son entidades públicas creadas por la Nación o las entidades territoriales, a las que por su naturaleza cooperativa se les aplica la legislación cooperativa (...)»...

*Javier Henaó Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO

Generalidades. Niveles nacional y territorial

28 de junio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N843(843)

...« El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario es concebido como una suma de entidades y organismos: el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, que por ser un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, está dotado de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, y por cuyo conducto el Gobierno Nacional cumplirá los objetivos previstos en el Código; la Escuela Penitenciaria Nacional, los organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de los fines del sistema, y todos los centros de reclusión que funcionan en el país.

El concepto genérico “establecimientos de reclusión” comprende, según el Código las cárceles, penitenciarías, cárceles y penitenciarías especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa - cárceles y establecimientos de rehabilitación. Las cárceles son establecimientos de detención preventiva, previstos exclusivamente para retención y vigilancia de sindicados; se precisa que la pena de arresto se cumplirá en pabellones especiales adaptados o construidos en las cárceles. Las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos.

Como consecuencia, el Código distingue entre los establecimientos de reclusión del orden nacional, que serán creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y administrados, sostenidos y vigilados por el Inpec, y las cárceles cuya creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Estas últimas

están destinadas a albergar a las personas “detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad” (inciso primero del art. 17); aunque el texto agrega “por orden de autoridad policiva”, en seguida aclara que estas continuarán conociendo de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, solamente mientras se expide la ley que atribuya su conocimiento a las autoridades judiciales, lo cual ocurrió efectivamente al entrar en vigencia la Ley 228 de 1995.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Creación exige autorización legal

18 de diciembre de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N1066(1066)

...«De manera general, la creación o constitución de entidades descentralizadas requiere de autorización legal, conforme al principio consignado en el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, “crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”. (...)

A nivel regional también se mantiene este principio de la autorización normativa, cuando el numeral 7° del artículo 300 de la Constitución, modificado por el artículo 2° del acto legislativo No. 1 de 1996, prescribe que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, “crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”, y cuando el numeral 6° del artículo 313 de la Carta dispone que compete a los concejos “crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”. Ahora bien, si las entidades descentralizadas desean constituir nuevas entidades estatales, las cuales se llaman indirectas o de segundo grado, requieren para ello de autorización legal. (...)

Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

SUPRESIÓN DE ENTIDADES

Reparto de competencias entre el Congreso y el Gobierno

11 de noviembre de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999-N1231(1231)

...« Así como se presenta la situación normativa en este momento, se podría pensar que el Presidente de la República no dispone de la facultad de fusionar entidades estatales nacionales, pero sí la de suprimirlas, entre las cuales se encuentran los ministerios y los departamentos administrativos, con base en el artículo 189-15 de la Constitución y el artículo 52 de la ley 489 de 1998.

Sin embargo, ello no es así, por cuanto una interpretación en tal sentido significaría que el Congreso se habría despojado por una norma legal, de una atribución de rango constitucional, la de suprimir ministerios y departamentos administrativos, contenida en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, al dársela de manera permanente al señor Presidente de la República, lo cual sería contrario a la Constitución y excedería las facultades del legislativo.

Por tanto, en el caso concreto de los ministerios y los departamentos administrativos, su creación debe necesariamente ser por norma con fuerza de ley, o sea, una ley o un decreto ley, de conformidad con el numeral 7° del artículo 150 de la Constitución, en concordancia con el artículo 206 de la misma, que dispone que su número, denominación y orden de precedencia legal “serán determinados por la ley”, y no resultaría viable jurídicamente que, mediante un decreto ordinario, se les suprimiera, pues ello equivaldría a que un acto administrativo derogara una ley, desconociendo el valor jerárquico de las normas.

La importancia de los ministerios, como organismos rectores y coordinadores de las políticas oficiales y de los departamentos administrativos,

como entidades técnicas en puntos claves de la organización y funcionamiento del Estado, ha hecho que siempre su creación haya tenido origen legal, a fin de que sea el principal órgano de representación popular, el Congreso, el que tenga ocasión de intervenir y debatir la conveniencia y oportunidad de su institucionalización.

De la misma manera, debe ser el Congreso el que participe y haga el debate correspondiente cuando se plantee la fusión de tales organismos y más aún, su supresión.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

SUPRESIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS

Supresión y creación. Distribución de competencias

25 de septiembre de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1529 (1529)

...«Es decir, se trata de niveles de competencias definidas, en que al legislador, según lo establece el artículo 150.7, le corresponde determinar la estructura organizacional y funcional de la administración nacional, crear, suprimir o fusionar los organismos que la integran, y fijar sus objetivos y estructura orgánica; al ejecutivo a su turno, se le asignan facultades para hacer efectiva la ley, bien sea para modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos (art. 189.16); o para crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central, (189.14) o suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos. (189.15). Ni el Presidente de la República puede invadir el campo de actividad del Congreso, ni éste entrar a sustituirlo mediante la fijación de regulaciones específicas inherentes al ejercicio de atribuciones administrativas.

(...)

Como se advierte, el esquema de distribución de competencias relacionadas con la administración pública distrital, sigue la misma línea que fijó el legislador para reordenar y adecuar la estructura de la administración nacional: El Concejo Distrital, como suprema autoridad del Distrito Capital, en ejercicio de sus atribuciones de carácter normativo, determina, a iniciativa del Alcalde, la estructura general de la administración, desarrollando los mandatos del Estatuto Orgánico. Esa estructura administrativa del Distrito Capital, comprende los sectores central, descentralizado y el de las localidades. El primero, lo integran el despacho del Alcalde, las secretarías y los departamentos administrativos; el segundo, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales, las sociedades de

economía mixta y los entes universitarios autónomos y, el de las localidades, las juntas administradoras y los alcaldes locales (art. 54 ibd.). La atribución del Concejo es la de determinar, dentro del esquema señalado en el Estatuto, las entidades que conforman cada sector y sus funciones básicas. Así mismo las normas generales para hacer operativa esa estructura.»...

*Gustavo E. Aponte Santos, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

Clasificación en directas e indirectas

26 de octubre de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1291(1291)

...«La descentralización como forma de organización administrativa que permite la transferencia de competencias a organismos distintos del Estado, puede ser territorial, especializada o por servicios y por colaboración. La territorial se da cuando se otorgan competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. En la especializada o por servicios dichas competencias se conceden a entidades creadas para ejercer una actividad determinada y la llamada por colaboración se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas.

El concepto de entidades descentralizadas en el derecho colombiano, permite designar a las personas jurídicas creadas por el Estado para el logro de los fines que le son propios y la adecuada atención de las necesidades generales de los asociados; son producto de la llamada descentralización especializada o por servicios. Estas entidades pueden ser directas o indirectas.

Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas, son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

ÓRGANOS Y DEPENDENCIAS ESTATALES

Criterios de clasificación de los organismos, dependencias y entidades administrativas.

26 de abril de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00020-00(1815)

...«Las definiciones de estructura del Estado, entidad pública, administración pública, sector descentralizado, entidad oficial, y entidad estatal

(...)

La expresión estructura del Estado aparece en la Constitución Política como título del capítulo 1° del Título V que se ocupa de la organización del Estado. El artículo 113 contiene la enumeración de los *órganos* que lo conforman, que son las tres ramas del poder mas los autónomos e independientes, todos ellos constituidos para el cumplimiento de las funciones propias del Estado. Esta noción incluye entonces todas las estructuras burocráticas encargadas de cumplir todas las funciones del Estado, como la legislativa, la ejecutiva, la judicial, y las demás, que tendrán carácter administrativo.

La ley 489 de 1998 utiliza el término *entidad* en dos sentidos, el uno como sinónimo de cualquier estructura administrativa, con o sin personalidad jurídica, como por ejemplo en el artículo 14 cuyo título dice *Delegación entre entidades públicas*, y el otro como sinónimo de persona jurídica de derecho público, que son la mayoría de las veces, por oposición a los *organismos o dependencias* que son estructuras administrativas que forman parte de la Nación, los departamentos o los municipios. Al no existir una definición legal propiamente tal, en las diferentes leyes y normas en que se utiliza esta expresión, debe buscarse por el intérprete su significado, pese a lo cual, estima la Sala que debe utilizarse el término entidad pública como sinónimo de persona jurídica de derecho público.

La misma ley 489 de 1998, se refiere a la *administración pública*, en su artículo 39, como el conjunto de “*organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.*” En esta definición se incluyen los organismos que forman parte de la rama ejecutiva, esto es aquellas estructuras carentes de personalidad jurídica, además de las entidades públicas que ejerzan una de dos tipos de funciones, las administrativas y las de servicios públicos del Estado.

De este breve resumen concluye la Sala que cuando la ley 489 de 1998 engloba dentro de la *administración pública* los *organismos y entidades... que tienen a su cargo ...la prestación de servicios públicos del Estado colombiano*, es perfectamente claro que cobija las estructuras administrativas que carecen de personalidad jurídica y conforman la Nación pues habla de los *organismos*, y de las que tienen este atributo, dado que se refiere a *entidades*, en ambos casos siempre y cuando presten servicios públicos. Es necesario insistir en que el hecho de que los organismos y entidades públicas compitan con los particulares bajo un mismo régimen especial, en el suministro de los servicios públicos, no transforma aquellos órganos en sujetos privados, pues como se ha expuesto, son entidades públicas las personas jurídicas creadas o autorizadas por la ley, la ordenanza o el acuerdo, con algún tipo de aporte de recursos estatales. Por esta razón, la ley 489 de 1998 las engloba en la *administración pública* en el artículo 39 que se comenta.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Su creación exige autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el caso

22 de octubre de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00066-00(1844)

...«Significa entonces que, dentro del procedimiento de constitución de una entidad descentralizada indirecta, están previstas dos autorizaciones: la primera, ordenada por la Constitución, proveniente de la ley, la ordenanza o el acuerdo, por la cual se faculta a unas entidades para que constituyan otra; la segunda, ordenada por la ley, que debe proceder del gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, para que esas entidades concurren al acto de constitución de la nueva y suscriban el correspondiente contrato de sociedad o de asociación. Es claro que en razón de la supremacía de la Constitución, esta segunda no puede sustituir a la primera; y que es competencia del legislador establecer los requisitos para la creación o constitución de las personas jurídicas, siempre que no se opongan a los de estirpe constitucional. A esta autorización se refiere el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998, específicamente para las entidades descentralizadas indirectas, como requisito del acto de constitución de las mismas, que a su vez debe estar precedido por la autorización conferida por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el nivel nacional o territorial de las respectivas entidades concurrentes.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo.*

CONSEJOS PROFESIONALES Y TRIBUNALES DE ÉTICA

Naturaleza jurídica.

21 de octubre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00077-00(2016)

...«Ahora bien, esta Sala ha desarrollado una doctrina sobre la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, control y vigilancia de algunas profesiones, -a los que la ley ha denominado en términos generales *Consejos Profesionales o tribunales de ética*-. Desde la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador, se han encontrado en la mayoría de los casos rasgos comunes a estos organismos, como la carencia de personería jurídica, la falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal de la Nación, la relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, etc. A partir de ello y pese a que no corresponden a las típicas clasificaciones usadas para la identificación de la generalidad de entidades públicas, tanto anteriores como posteriores a la Ley 489 de 1998, la Sala ha considerado en general que tales consejos y tribunales constituyen un tipo *especial y sui generis de organismos públicos*, integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa, de la cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

ENTIDADES PÚBLICAS

No pueden ser creadas por las Cámaras de Comercio

8 de septiembre de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00088-00 (2025)

...«[L]a creación de entidades públicas tiene necesariamente origen en la voluntad del Estado, y que el acto de creación de toda entidad administrativa nacional requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo. El Congreso tiene el poder constitucional originario y exclusivo para crear, pero no lo puede ejercer si el Gobierno no está interesado en la creación, porque los proyectos de ley de esta naturaleza están reservados a la iniciativa gubernamental (art. 154, num. 7 C.P.; ley 5 de 1992, artículo 142, num. 2). Así las cosas, cuando el Gobierno necesite crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una “autorización de ésta”. Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo, que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, quien la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización, para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo nacional o, peor, aún, a personas privadas. (...)

Por consiguiente, cuando la Constitución estipula que para crear una entidad descentralizada del orden nacional se requiere de una autorización legal, ha de entenderse que el destinatario de dicha autorización es el Gobierno Nacional. No podría ser de otra manera, dado que una decisión de esta índole, que altera la organización del Ejecutivo al aumentar su tamaño, y compromete en ello bienes o recursos públicos, no puede salir de la órbita de lo público, ni ocurrir sin el consentimiento ni, menos aún, sin el conocimiento de las autoridades administrativas competentes. En otros términos, la creación de una entidad pública del orden nacional es una decisión que debe ejecutarse exclusivamente por el Estado.»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

ENTIDADES PÚBLICAS

Concepto. Criterios para su identificación. Sociedades de economía mixta

8 de junio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00068-00(2254)

...« Como pone en evidencia la consulta, no existe una norma que defina con carácter general el concepto de entidad de derecho público [...] Pese a lo anterior, la aproximación a estos conceptos puede hacerse desde varias perspectivas:

1) Desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado

Desde el punto de vista de la estructura del Estado las expresiones entidad pública, estatal o de derecho público denota la pertenencia de una determinada organización o entidad al Estado y, por ende, su vinculación con el derecho público.

(...)

Por tanto, desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado resulta claro que las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas *son entidades estatales, públicas o de derecho público*. Así lo había señalado ya esta Sala en el Concepto 2217 de 2014, en el cual se respondió negativamente al interrogante de si las sociedades de economía mixta podían catalogarse *como entidades de derecho privado...*

(...)

En consecuencia, la creación desde el poder público de asociaciones, empresas o sociedades y su sujeción en ciertos aspectos a normas de derecho privado, no comporta, que unas y otras dejen de ser parte de la organización estatal, ni que se conviertan o puedan ser consideradas *per se entidades particulares o privadas*.

2) Desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable

Ahora bien, lo señalado hasta el momento sobre el significado de la expresión entidad de derecho público desde el punto de vista de la organización y estructura del Estado, no implica que todas las entidades públicas tengan el mismo régimen jurídico, estén investidas de potestades o privilegios de derecho público o les apliquen todas las leyes por igual.

(...)

En este contexto la ley puede establecer diferencias entre las entidades públicas o estatales que cumplen funciones públicas y en virtud de ello tienen un régimen de derecho especial basado en potestades y privilegios de derecho público (órganos centrales de la Administración y establecimientos públicos, por ejemplo), y aquéllas otras que por desarrollar actividades comerciales e industriales son remitidas al derecho privado, sin que por ello desaparezca su vinculación con el Estado...

De este modo es posible que el uso de la expresión *entidad pública o de derecho público* tenga diferentes alcances y no siempre cubra a la totalidad de entidades que orgánicamente forman parte de la estructura del Estado, sino que se refiera únicamente a aquéllas que *ejerzan atributos y privilegios propios del derecho público*. En este contexto, solo serían entidades de derecho público *las entidades que se rigen por el derecho público* y carecerían de esa condición aquellas formas organizacionales del Estado que, pese a ser parte de su estructura, se rigen por normas de derecho privado.

Desde esta perspectiva, las sociedades de economía mixta o las propias empresas industriales y comerciales del Estado no quedarían incorporadas en la enumeración de entidades de “*derecho público*”, bajo la consideración de que el desarrollo de su actividad comercial o industrial estaría sujeto a normas de derecho privado (artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1998).

(...)

En este orden, la diferenciación entre entidades de derecho público y de derecho privado solamente a partir del régimen aplicable a sus actividades resulta insuficiente, particularmente cuando el uso de este criterio implica la exclusión injustificada de entidades que por su naturaleza forman parte de la estructura u organización del Estado. Su uso, por tanto, solo será posible cuando exista una voluntad expresa del legislador en ese sentido y ello no implique la violación de otras normas y principios constitucionales.

3) Desde la perspectiva del porcentaje de participación estatal: la regla de control o participación pública mayoritaria

De manera consistente la legislación ha acudido a un criterio adicional (no solo basado en la teoría organizacional del Estado o en el régimen de sus actos) para identificar lo que debe entenderse por entidad pública o estatal: la existencia o no de una participación pública mayoritaria (superior o por lo menos equivalente al 50%). Este referente de participación mínima estatal para marcar una línea de diferenciación entre lo público y lo privado no es aleatorio. Se deriva de la lógica propia de funcionamiento de las sociedades y en particular de los elementos que permiten ejercer su control e incidir en las decisiones de la empresa.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

ENTIDADES PÚBLICAS

Delegación de funciones. Requisitos

1 de noviembre de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00125-00 (2305)

...« Respecto a la delegación de funciones entre entidades públicas, que es la que ocupa la atención de la Sala, la jurisprudencia constitucional la llama impropia. A juicio de la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre una demanda contra el artículo 14 anteriormente transcrito, la delegación entre entidades públicas en ningún caso fue proscrita por el constituyente ni se confunde con la desconcentración. Para la Corte, la exigencia de llevar a cabo un convenio en los casos de delegación de funciones de organismos o entidades del orden nacional a favor de entidades territoriales no admite excepciones, pues de admitirlas se vulnera flagrantemente la autonomía de la entidad territorial, autonomía que en todo caso se salvaguarda en el evento de delegación si es temporal y es aceptada por la entidad territorial delegataria mediante la suscripción del acuerdo, cuyas condiciones pueden ser convenidas.

En punto de la posibilidad de reasumir las funciones delegadas en el convenio, los artículos 211 de la Constitución y 12 de la Ley 489 de 1998 claramente disponen que las competencias delegadas siempre pueden ser reasumidas por el delegante. En consonancia, la Corte Constitucional en el fallo enunciado aclaró que el convenio de delegación debe tener al menos los siguientes elementos: i) previa autorización legal, ii) fijación también legal de las condiciones bajo las que operará la delegación, iii) asunción de la responsabilidad por parte del delegatario y iv) facultad del delegante para reasumir la competencia.»...

*Óscar Darío Amaya Navas, Germán Alberto Bula Escobar,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.*

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN

Función archivística. Competencias

29 de enero de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00112-00 (2209)

...«De esta manera, al ser la función archivística una función de interés de todo el Estado, y por lo tanto de todos aquellos que lo conforman, en virtud del interés jurídico que revisten la protección documental de la Nación y los demás objetivos señalados en el artículo 4º de la Ley 594 de 2000, y enfrentados a la obligación de todos los órganos y entidades del Estado de trabajar y colaborar armónicamente en el cumplimiento de los fines estatales, considera la Sala razonable que la función archivística de todas las entidades que conforman el Estado, así estas no pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sea orientada y coordinada por un ente técnico especializado como el Archivo General de la Nación, con el fin de que se adelante de manera uniforme, eficaz, económica y coordinada.

(...)

En desarrollo de la facultad de control en materia archivística, el Archivo General de la Nación, respecto a todas las entidades del Estado, está facultado para:

i) Ordenar la suspensión inmediata de las prácticas que amenacen o vulnere la integridad de los archivos públicos y que se adopten las medidas preventivas y correctivas necesarias. Sin embargo dicha función, sobre las entidades y órganos no pertenecientes a la Rama Ejecutiva, debe realizarse de tal manera que no afecte el núcleo esencial de su autonomía. De esta suerte, las exigencias no pueden afectar el ejercicio de las funciones que son propias de la entidad de que se trate ni eliminar su potestad para valorar la forma y oportunidad de adoptar las medidas demandadas de acuerdo con las situaciones que se presenten.

ii) Realizar visitas de inspección a sus archivos para verificar el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias. En esta dirección, la facultad de inspección del Archivo General de la Nación debe entenderse limitada o circunscrita a verificar el cumplimiento de la función archivística por parte de las entidades del Estado, y en consecuencia no debe ejercerse de tal manera que la información contenida en los documentos del archivo, sea conocida por quien adelanta la labor.

Asimismo, el ejercicio de esta facultad, respecto a órganos y entidades que no integran la Rama Ejecutiva, debe adelantarse de manera que no afecte el núcleo esencial de la autonomía otorgada a aquellos organismos para el cumplimiento de sus funciones.

Finalmente, esta facultad de inspección no puede ejercerse sobre los archivos o documentos de las entidades del Estado que tengan la calidad de reservados.

(...)

iii) En lo que se refiere a la prerrogativa del Archivo General de la Nación para sancionar el incumplimiento de la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, considera la Sala que su ejercicio solamente puede recaer sobre órganos de la Rama Ejecutiva, pues realizarla sobre otros órganos atentaría contra su autonomía e independencia al sujetar a estos a sanciones impuestas por el ejecutivo, situación que afectaría gravemente el equilibrio de poderes.

iv) Finalmente, frente a la implementación de la función archivística, esta corresponde a todas las entidades y órganos del Estado en su calidad de instancias ejecutoras del Sistema Nacional de Archivos y en virtud de lo dispuesto por la Ley 594 de 2000 y al Decreto 2609 de 2012.

(...)

[E]l Archivo General de la Nación puede ejercer las funciones que le asignó la Ley 594 de 2000 sobre los archivos de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que administran o recaudan recursos públicos. Con todo, el ejercicio de estas funciones habrá de contraerse a los archivos relacionados con la administración y recaudo de esos recursos.»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina.*

INSTITUCIONES PÚBLICAS DE EDUCACIÓN SUPERIOR

No se prevé que el Estado preste el servicio público en asocio con los particulares

9 de julio de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00001-00 (2242)

...« En la tipología de la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se contempló la posibilidad de que preste ese servicio público en asocio con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o específicos establecimientos públicos, o a los particulares a través de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro que incluyen por supuesto las de economía solidaria.

Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos (universidades estatales), y las que no tengan ese carácter, serán establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal. Tales entidades únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso. A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que, como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades tienen naturaleza, objeto y fines diferentes por cuanto desarrollan actividades industriales o comerciales con ánimo de lucro.»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina.*

B. ENTIDADES TERRITORIALES: ASPECTOS GENERALES

PLANES DE DESARROLLO TERRITORIALES

Nulidad y suspensión

27 de mayo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N824(824)

...«En firme la decisión de la justicia contencioso administrativa con respecto a la suspensión o anulación de la ordenanza o acuerdo que contiene el respectivo Plan de Desarrollo, es de obligatorio cumplimiento para las correspondientes autoridades departamentales o municipales; ello por cuanto sus efectos son generales, para todos (“erga omnes”) en relación con las personas, en el primer caso mientras se hace el pronunciamiento de fondo en la sentencia y en el segundo, de manera definitiva.

Suspendido el Plan, o mientras se tramita y aprueba el nuevo Plan de Desarrollo, deberá darse aplicación al inmediatamente anterior, en el entendido de que su término de duración no haya expirado y, por ende, todavía conserve vigencia. Anulado el Plan, lo procedente es la presentación de un nuevo proyecto por parte del gobernador o alcalde con sujeción a los términos y al procedimiento previsto en la ley orgánica de planeación (Ley 152 de 1994, arts. 39 y 40) [...].

Pero ya se trate del fenómeno de la suspensión o del de la nulidad, en relación con el Plan de Desarrollo, su aspecto complementario, el Presupuesto de Rentas y Gastos, conserva plena validez y capacidad de ejecución, lo cual permite a la primera autoridad administrativa asumir el control de la situación, mientras se corrigen las anomalías advertidas por el tribunal competente. En esta materia presupuestal, además, el legislador es suficientemente previsivo cuando dispone que si la ley que aprueba el

presupuesto general de la Nación llegare a ser declarada inexecutable en su conjunto, continuará rigiendo el presupuesto del año anterior, repetido de acuerdo con las normas del estatuto orgánico (decreto 111 de 1996, arts. 114 y 115), precepto que, con los cambios pertinentes, es aplicable a departamentos, distritos y municipios.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

GOBERNADORES Y CABILDANTES INDÍGENAS

No ejercen autoridad en los términos de la Ley 136 de 1994

14 de diciembre de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1297(1297)

...«No obstante no serles aplicables a los gobernadores indígenas y a los cabildantes los conceptos legales de autoridad mencionados, en sentido genérico ellos ejercen autoridad civil, política y dirección administrativa en sus respectivas comunidades, de acuerdo a sus usos y costumbres, a la ley y a los reglamentos, pues su pertenencia a un grupo étnico los habilita para ello. La persona que se halla en la situación de cabildante o de gobernador indígena tiene poder e influjo de diversa índole sobre su comunidad y ejerce un tipo especial de autoridad en distintos ramos aunque, se reitera, no en la calidad de empleado oficial y por tanto su autoridad no se subsume en las nociones establecidas en las normas de la ley 136 de 1994 citadas.»...

*César Hoyos Salazar (con aclaración de voto), Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

ENTIDADES TERRITORIALES

Límites a la autonomía fiscal

10 de octubre de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1446 (1446)

...« El artículo 286 de la Constitución enumera dentro de las entidades territoriales a los distritos y los municipios y el 287 precisa que tales entidades tienen autonomía para la gestión de sus intereses “dentro de los límites de la Constitución y la ley”. (...)

Finalmente, la Corte reconoce competencia al legislador para restringir el poder tributario de las entidades territoriales, la cual a su vez, tiene como límites constitucionales las disposiciones de los artículos 294 y 317, referentes a la imposibilidad para el legislador de conceder exenciones sobre tributos de propiedad de tales entidades y de gravar la propiedad inmueble. Ahora bien, el artículo 66 de la ley 383 del 10 de julio de 1997 “Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones”, se inscribe dentro de la facultad del legislador de regular aspectos de los tributos de los municipios y distritos, como son los atinentes al procedimiento, lo cual hace mediante la remisión a las normas respectivas del Estatuto Tributario y no contraría la autonomía de dichas entidades territoriales, debiendo éstas por el contrario, sujetarse a ellas. Así las cosas, es necesario concluir que la aplicación de las normas de procedimiento establecidas en el Estatuto Tributario, a los tributos pertenecientes a los municipios y distritos, por disposición del artículo 66 de la ley 383 de 1997, no contraviene la autonomía de estas entidades territoriales y en consecuencia, las normas especiales de procedimiento que algunas de éstas hayan podido adoptar antes y aún después de la citada ley, no se imponen sobre las normas respectivas del estatuto, el cual por tener fuerza legal prevalece.»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

VIGILANCIA DEL TRÁNSITO EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Distribución de competencias entre la policía de carreteras y los agentes de tránsito del orden departamental, municipal y distrital

14 de diciembre de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00123-00 (1795)

...«Se advierte entonces cómo la competencia de la Policía Nacional de Carreras se fijó con base en un criterio objetivo, la naturaleza o clase nacional de la vía pública - atendiendo a su ámbito territorial -, la que se ejerce únicamente por fuera del perímetro urbano. En cuanto a las competencias de los agentes de tránsito departamentales, municipales y distritales no fueron detalladas con tanta precisión por el legislador; sin embargo, aplicando los mismos criterios puede concluir la Sala que la competencia de los agentes de tránsito departamentales está circunscrita a las vías departamentales, por fuera del perímetro urbano de municipios y distritos y la de los agentes de tránsito municipales y distritales a las vías municipales y a las vías nacionales y departamentales, dentro del perímetro urbano.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN REGALÍAS

Imposibilidad de traslado directo a particulares

14 de junio de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00036-00(1823)

...«Como se expuso en la primera parte de este concepto, la Constitución de 1991 le asignó al Estado la titularidad del derecho a las regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables y a las entidades territoriales un derecho de participación económica sobre dichos ingresos públicos [...] Así las cosas, es claro para la Sala que los recursos que ingresan al Fondo Nacional de Regalías que conforman el componente Nación, están estatuidos para beneficiar única y exclusivamente a las entidades territoriales bajo los criterios de redistribución que determine el legislador y no en pro de las autoridades centrales.

(...)

[E]sta Sala considera que el artículo 255 del Código de Minas resulta incompatible con lo previsto en el artículo 361 de la Constitución Política, al permitir que los concesionarios mineros asignen directamente las regalías a particulares, sin tener en cuenta la destinación constitucional de los recursos, la función constitucional del Fondo Nacional de Regalías y los derechos de las entidades territoriales a participar en los recursos de las regalías no asignados directamente en los términos que fije la ley, los que necesariamente deben estar acordes con la destinación. En el mismo sentido, se advierte que la disposición legal en comento, en principio, es violatoria del artículo 355 de la Constitución Política que prohíbe a todas las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

**PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES
EN REGALÍAS**

Regalías. Naturaleza crediticia del derecho de participación de las entidades territoriales. Propiedad de los rendimientos

7 de octubre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00064-00(2010-2035)

...«Encuentra entonces la Sala que cuando los artículos constitucionales 332 y 360, inciso segundo, radican en el Estado, de manera exclusiva, la propiedad sobre los recursos naturales no renovables y sobre las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte causen, está significando que los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos bienes deben configurarse por la ley como derechos personales o créditos. [...] Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en el sentido de señalar que las entidades territoriales no tienen derecho de propiedad sobre las regalías y compensaciones.

(...)

En esas circunstancias, no puede dudarse de que los rendimientos financieros que los dineros llegaren a producir sólo pueden ser del Estado en su condición de propietario del capital que representan las regalías y compensaciones, respecto del cual no hay otro derecho exigible. Por lo demás, la inexistencia de un derecho exigible excluye la posibilidad de mora en el cumplimiento de la obligación de dar, puesto que esta obligación no ha nacido. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Consulta previa a comunidades indígenas

20 de febrero de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00420-00 (2172)

...«En el caso del proyecto de acuerdo de modificación excepcional de las normas urbanísticas del POT de Bogotá D.C. se trata de una medida administrativa prevista en la norma citada, y en la medida en que alguna de sus disposiciones pudiera afectar directamente a comunidades indígenas asentadas en el territorio del Distrito Capital, sería obligatorio realizar el trámite de la consulta previa [...]. Ahora bien, para que deba proceder la consulta previa no basta con acreditar la existencia de comunidades indígenas en alguna parte del territorio distrital. Es necesario además que, como establece el literal a) del artículo 6° del Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, las medidas administrativas que se pretenda adoptar sean “susceptibles de afectarles directamente.” La afectación alude a que las normas proyectadas evidentemente causen alteración, modificación, perturbación o menoscabo del estatus constitucional de la comunidad indígena en cuanto se refiere a la integridad de sus derechos, usos, tradiciones y costumbres. La afectación debe ser además directa, es decir, especial o exclusivamente dirigida a la comunidad indígena, lo cual excluye impactos indirectos o difusos de las medidas proyectadas. En este orden de ideas, cuando se trate de iniciativas o medidas generales que no impliquen vulneración directa de los derechos de las comunidades indígenas no sería procedente la consulta previa.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

C. MUNICIPIOS Y DISTRITOS

RESIDENCIA EPISCOPAL DE ANTIOQUIA

Ubicación

27 de septiembre de 1831

Gaceta: 544

«El consejo se ha ocupado de la representación documentada que el reverendo obispo de Antioquia dirigió al gobierno contrahabida a manifestar, que la asamblea departamental de aquella provincia, se había prestado a oír la queja de la municipalidad, sobre la residencia que como obispo debe tener en su catedral erigida en Antioquia. El consejo ha meditado este negocio, con la detención i madurez que en su naturaleza exige, teniendo a la vista los documentos de que se compone el expediente que se le remitió por el gobierno.»

(...)

«El consejo, pues cediendo a la fuerza de estas razones, ha acordado consultar a S.E. los siguientes puntos:

Que debe cumplirse la elección hecha i aprobada por la sede apostólica, i sostenida además con la resolución que dictó el mismo gobierno en 14 de julio del año 18.

Que no se haga uso de las preces del consejo municipal

Que si le hubiesen dado instrucciones al señor ministro enviado cerca del romano pontífice para promover semejante pretensión, se le ordene lo conveniente a retirarla, o desistir de ella.

Que encargue el ejecutivo al reverendo obispo de Antioquia que resida en su catedral, pudiendo según se lo exijan sus enfermedades, salir a otro lugar por el tiempo preciso para restablecer su salud.

Espero por tanto, que Ud. tenga la bondad de presentarlo así a S.E. el vicepresidente, i aceptar los sentimientos de perfecto respeto i distinguida consideración con que tengo el honor de ser de US.»

Alejandro Vélez

MUNICIPIOS

Representación judicial

10 de julio de 1936

Radicación: 524-CE1936-07-10

...«El artículo 145 de la Ley 4 de 1913 dice: “La administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado”. Conforme a este artículo, el Personero es el representante legal del Municipio, pero el Concejo es el administrador supremo de los intereses municipales, y puede, como tal, conferir a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado.

Ahora bien: como el Alcalde no tiene, entre sus atribuciones legales, la de conferir la representación del Municipio, ni el Personero está facultado constitucional ni legalmente para delegar la representación que de aquél ejerce, sin previa autorización del Concejo, se llega a la conclusión de que el artículo 45 de la Ley 130 de 1913, los artículos 173 y 252 del Código Judicial y el artículo 145 de la Ley 4 de 1913, guardan perfecta armonía y amparan mejor los intereses municipales, si se interpretan, como el suscrito estima procedente interpretarlos, en el sentido de que corresponde al Concejo resolver si es el caso de conferir la representación del Municipio en un negocio especial a determinada persona, que el Concejo debe designar; resuelto el asunto afirmativamente y hecha la designación del representante, el Alcalde debe celebrar el contrato de que habla el artículo 173 del Código Judicial y, celebrado dicho contrato, puede el Personero conferir el poder necesario al efecto.»...

Isaías Cepeda

MUNICIPIOS

Vigencia de los actos de creación anteriores a la Constitución

4 de septiembre de 1992

Radicación: 103-CE-SC-EXP1992-N423

...«La Sala sostuvo en concepto de 13 de febrero de 1992 (radicación 423), que las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990, son válidas de conformidad con lo previsto en el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, y que esta norma se «refiere a aquellas creaciones que están vigentes, es decir, que aunque adolecían de algún vicio, no fue declarada la nulidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo antes de la promulgación de la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada».

(...)

Por lo expuesto se concluye que, para poder aplicar lo ordenado por el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, se requiere que los actos creadores de municipios hayan surgido a la vida jurídica antes del 31 de diciembre de 1991, es decir, que las ordenanzas respectivas hubieran sido aprobadas y sancionadas, tal como lo ordenan las normas pertinentes, estudiadas del decreto ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental) y, además, que no hubieran sido anuladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo antes de la fecha en que entró a regir la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada. »...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

MUNICIPIOS

Reintegro de alcaldes suspendidos por el Gobernador

28 de julio de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N624

...«El Alcalde suspendido por el Gobernador, al amparo del artículo 18, literal a) de la Ley 78 de 1986, por haberse dictado en contra de aquél medida de aseguramiento distinta a la detención, tiene derecho a la expedición de un nuevo acto que deje sin efecto la suspensión. Igualmente, el Gobernador que, al amparo del artículo 18 literal a) de la Ley 78 de 1986, haya suspendido un alcalde por haberse dictado en contra del mismo, medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria o preventiva que no está en firme, debe proceder a dejar sin efecto el acto de suspensión, con los mismos fundamentos de la respuesta anterior. El Alcalde que de conformidad con el artículo 105 numeral 2o. de la Ley 136 de 1994 esté sujeto a medida de aseguramiento en firme consistente en detención preventiva o domiciliaria, y que por cualquier beneficio esté físicamente libre como en el caso de excarcelación, no puede ser suspendido, puesto que uno de los elementos de la suspensión es la «privación efectiva de la libertad». Por privatización efectiva de la libertad, se entiende la pérdida de la libertad física. La suspensión provisional a que se refiere el artículo 58 numeral 4o. de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los Alcaldes, por su calidad de servidor público, siempre que se den las condiciones allí prescritas, las cuales deben interpretarse en armonía con las causales de suspensión que trae la Ley 136 de 1994.

(...)

La terna que se debe integrar para designar un alcalde encargado, es menester que sea presentada por el representante legal del partido o movimiento con personería jurídica al cual pertenezca el alcalde que va a ser reemplazado, o por la persona en quien el representante delegue la facultad

para inscribir dicha terna. En los grupos significativos de ciudadanos, la terna debe ser presentada por su representante legal conforme a sus estatutos si tales grupos tuvieren personería jurídica; en el caso de carecer de ésta, la presentación corresponderá a quien el respectivo grupo elija para el efecto. Las asociaciones con personería jurídica que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimiento u organismo sociales, deberán presentar la terna respectiva valiéndose de sus representantes legales o de la persona o personas que éstos designen. Cuando un partido y un movimiento político, o dos partidos o dos movimientos políticos, con personería jurídica forman una coalición, la terna de candidatos deberá ser avalada por los respectivos representantes legales, a quienes les corresponderá presentar dicha terna o por la persona o personas que éstos designen. Los escogidos deberán ser de la misma filiación política de quien se pretende reemplazar y siempre y cuando hayan formado parte de la coalición cuando se realizó la elección del reemplazado.»...

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

MUNICIPIOS

Consulta popular para la definición de sus límites

24 de julio de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N1008(1008)

...«2.1. De conformidad con el artículo 14 de la ley 136 de 1994, la consulta popular para la modificación de límites intermunicipales, debe realizarse a los ciudadanos residentes en el territorio en conflicto, el cual puede comprender dos zonas, una del municipio anexante y otra del municipio segregante, o una sola zona, la del municipio segregante que desea anexarse al otro municipio.

2.2. De acuerdo con la norma citada y el artículo 55 de la ley 134 de 1994, la consulta popular es una sola, simultánea, en el territorio en conflicto, de tal forma que si éste comprende dos zonas, la del municipio anexante y la del municipio segregante, se hace un solo escrutinio y si la pregunta ha obtenido la respuesta afirmativa de la mitad más uno de los votos válidos, siempre y cuando haya participado al menos la tercera parte de los electores, se considera que la decisión del pueblo es obligatoria y por tanto, el gobernador debe presentar el respectivo proyecto de ordenanza.

2.3. Si el concepto de la oficina de Planeación Departamental sobre la modificación de límites intermunicipales, es eventualmente contrario a la decisión tomada en la consulta popular, prevalece ésta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución y los artículos 8 y 55 de la ley estatutaria 134 de 1994.

2.4. El concepto sobre la conveniencia de efectuar la consulta popular para la modificación de límites intermunicipales, debe contar, sobre la base del quorum, con el voto favorable de la mayoría de los asistentes a la respectiva sesión de la Asamblea departamental, conforme a lo dispuesto por el artículo 146 de la Constitución, en armonía con el artículo 53 de la ley 134 de 1994 y el artículo 31 del decreto ley 1222 de 1986.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

MUNICIPIOS

Facultad impositiva

6 de octubre de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1678 (1678)

...« La autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, ha de ejercerse, dentro de los límites de la Constitución y la ley (artículo 287), y por ello, en armonía con la existencia de un solo centro de emisión legislativa, se le atribuye al Congreso la función de establecer mediante ley las contribuciones fiscales y parafiscales (artículo 150 numeral 12), de manera que las competencias tributarias de las entidades territoriales se encuentran sujetas a la ley, y además, a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que informan el sistema tributario (artículo 363). Dentro de este contexto, la Carta de 1991 consagra los principios de legalidad y predeterminación de los tributos, conforme a los cuales corresponde a la ley, las ordenanzas y los acuerdos “fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos” (artículo 338).

(...)

Así, cuando el legislador ejerce su competencia constitucional para establecer contribuciones fiscales y determina directamente los elementos esenciales del impuesto, esto es, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas, dando aplicación a los principios de legalidad y predeterminación del tributo, las entidades territoriales cuentan con sustento suficiente para imponerlo y desarrollar su autonomía observando las condiciones de creación, de manera que el sujeto pasivo tiene plena certeza, para efectos de contribuir a la financiación de las cargas públicas, de que la exacción corresponde, en sus elementos esenciales, a la voluntad del cuerpo de representación popular con facultades legislativas.

(...)

La Sala estima que para que una asamblea departamental pueda gravar documentos o la suscripción de contratos que celebren las entidades descentralizadas del orden nacional, que desarrollen actividades en el respectivo departamento, requiere que tal hecho generador del tributo se encuentre previsto por el legislador, pues de lo contrario se estaría confiriendo a las autoridades territoriales, de estirpe administrativa, competencias legislativas de las cuales carecen. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce.*

DISTRITOS ESPECIALES

Segregación de territorios

7 de febrero de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N946(946)

...«El principio de legalidad permite enmarcar las competencias de las asambleas departamentales, entre otras, respecto de la segregación de territorios municipales. En la actualidad no existe ley que autorice a esas corporaciones públicas, a segregación distinta de territorios municipales para la creación de municipios; la Constitución Política tampoco las faculta.

Desde otro punto de vista, las asambleas departamentales no están autorizadas para hacer segregación de territorios de un distrito especial, con el objeto de crear municipios. No solo el contenido literal de las normas constitucionales permiten esa respuesta; también su interpretación finalística. El constituyente al conservar el régimen y características de un distrito, en este caso el Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con un régimen político, fiscal y administrativo especial, deja ver que el territorio en el cual cumple las funciones esa entidad territorial no puede segregarse.

De hacerse conduciría a la vulneración de la voluntad política del constituyente: los territorios segregados estarían sometidos a un régimen ordinario. Esto implica, que la aplicación normativa especial se haría en un sector territorial menor al que le dio origen constitucional al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. Los territorios de un distrito de previsión constitucional, considera la Sala son inmodificables por segregación.

(...)

A la ontología de los distritos de previsión constitucional, se suma la circunstancia concerniente a que la norma adoptada por acto del constituyente (Cartagena de Indias es un distrito Turístico y Cultural) no

puede reducir el territorio que lo comprende, por acto de inferior jerarquía como es la ordenanza. Las asambleas departamentales carecen además en la actualidad, de competencia material para hacer segregación de territorios distritales.»...

*María Helena Giraldo, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

MUNICIPIOS PORTUARIOS

Regalías por explotación de recursos en el mar

1° de noviembre de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00082-00(1856)

...«En relación con la participación de los municipios portuarios, desde la misma perspectiva constitucional, las regalías se generan a su favor por el hecho de realizarse el transporte de los recursos naturales por sus instalaciones portuarias. Al desarrollar este principio constitucional, la ley señala en forma genérica, el derecho a percibir las regalías cuando ocurre tal supuesto de hecho (art. 29), como también en forma específica para cada recurso natural mediante la fijación de unos porcentajes sobre el monto de las regalías (arts. 31, 32, 33, 34, 37, 38 y 39 de la ley 141/94). Frente al caso consultado, la Sala considera que los mencionados porcentajes de participación a favor de los municipios portuarios determinados por la ley, son los que deben aplicarse a las regalías generadas por la explotación de recursos naturales realizadas más allá de las 40 millas náuticas de la costa. El remanente de las regalías corresponde en su totalidad al Fondo Nacional de Regalías, conforme al artículo 361 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, es claro que no se requiere de un decreto que determine la distribución de las regalías sobre los recursos naturales explotados más allá de las 40 millas mar adentro, puesto que la participación de los municipios portuarios ya está determinada por una norma de rango legal y la del Fondo Nacional de Regalías, según la Constitución Política en su artículo 361, es el remanente no asignado. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo.*

FEDERACIÓN NACIONAL DE MUNICIPIOS

Naturaleza jurídica. Entidad pública

20 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2009-00057-00(1971)

...«De conformidad con lo expuesto la legislación colombiana, antes y después de la Constitución de 1991, ha considerado a las asociaciones de municipios, como **entidades descentralizadas de derecho público**, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, regidas por sus propios estatutos. Los actos de las asociaciones de municipios son revisables y anulables por la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, la Federación Colombiana de Municipios debe ser una entidad de derecho público, tal como lo son indiscutiblemente, las entidades territoriales que la conforman, puesto que, se reitera, la asociación de entidades públicas no puede generar sino una persona jurídica de derecho público. Si bien es cierto que la ley permite que este tipo de entidades se estructuren mediante la aplicación de normas de derecho privado, éstas tienen carácter meramente instrumental para su conformación sin que por ello se conviertan en entidades privadas, puesto que la naturaleza de los integrantes, el objetivo que persiguen y los fines que determina la ley, hacen que necesariamente su naturaleza deba ser pública. (...)

Así mismo, partiendo de la base de que la Federación de Municipios necesariamente debe ser de naturaleza pública, de manera general ella debe sujetarse al régimen de derecho público aplicable a las entidades que la conforman en todo lo relacionado con la estructura orgánica interna, régimen salarial y prestacional del personal, régimen contractual, régimen tributario, control interno, disciplinario y fiscal, y saneamiento contable. De igual forma, de acuerdo con lo expuesto, sus actos deben estar sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
William Zambrano Cetina.*

REEMPLAZO DEL ALCALDE MAYOR

Procedimiento

25 de mayo de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2011-00028-00 (2058)

...«Es de anotar que el artículo 323 del ordenamiento superior únicamente regula el procedimiento para reemplazar al Alcalde Mayor de Bogotá en caso de **falta absoluta**, según que la falta se produzca a más o a menos de 18 meses para la terminación del período, pero nada dispone respecto de la **falta temporal**. Dada esta situación, deberá acudir a la normatividad especial del decreto 1421 de 1993 y a la legal de los municipios, que sí establecen reglas sobre el particular.

(...)

En resumen, la falta absoluta del Alcalde Mayor se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 323 de la Constitución, y la falta temporal por suspensión se sule de acuerdo con los artículos 51 y 52 del decreto 1421 de 1993, de acuerdo con los cuales la suspensión del Alcalde Mayor da lugar a designar, en su reemplazo, a una persona del mismo partido o movimiento político del titular»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL - (POT)

Competencias del Concejo Distrital y del Alcalde Mayor

2 de septiembre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00397-00 (2162)

...«1. La facultad de aprobación o no aprobación del plan de ordenamiento territorial y de sus revisiones y modificaciones es del Concejo Distrital, conforme lo disponen, en armonía con el artículo 313-7 de la Constitución sobre reglamentación de los usos del suelo del municipio o distrito, el artículo 12-5 del decreto ley 1421 de 1993 sobre adopción del plan general de ordenamiento físico del territorio, y el artículo 3°-9 de la ley 136 de 1994 modificado por el artículo 6° de la ley 1551 de 2012.

2. Es claro por consiguiente que si el Concejo, en comisión o en plenaria, decide no aprobar el proyecto de acuerdo de una revisión o modificación del POT, el Alcalde no puede adoptar el proyecto por decreto, pues estaría contrariando y desconociendo las facultades constitucionales y legales del Concejo, antes anotadas, para decidir la suerte de los proyectos de acuerdo. En este caso lo que procede es el archivo de la iniciativa conforme lo establece el inciso tercero del artículo 22 del decreto ley 1421 de 1993, Estatuto de Bogotá D.C., al estatuir que “*serán archivados los proyectos que no recibieren aprobación en primer debate*” y el artículo 80 del acuerdo distrital 348 de 2008, conforme al cual “*serán archivados los proyectos de acuerdo en los que se aprobó ponencia negativa en primero o segundo debate*”.

3. Ciertamente el artículo 12 de la ley 810 de 2003 dispone que si el Concejo “*no aprueba*” en noventa (90) días calendario la iniciativa del Alcalde de revisión o de ajustes al plan de ordenamiento territorial, lo puede hacer por decreto el Alcalde. Para una correcta interpretación de esta disposición legal es necesario inscribirla dentro del marco de la Constitución y a partir de allí armonizarla con las demás normas que se han citado en este concepto. En esta perspectiva se observa que el propósito del artículo 12 de la ley 810

de 2003 es que el Concejo se pronuncie en torno a la iniciativa de revisión o modificación del POT, de tal manera que si no lo hace, esto es, si pasa el tiempo determinado por la norma “*sin que el concejo municipal o distrital adopte decisión alguna*”, según se lee para la adopción del plan en el artículo 26 de la ley 388 de 1997, el Alcalde podrá adoptar la revisión por decreto.

El silencio del Concejo tendría esa consecuencia, que sería lógica dada la trascendencia del plan de ordenamiento territorial y sus revisiones para el desarrollo económico, social, urbano y ecológico de la ciudad. Frente al silencio o la falta de pronunciamiento del Concejo sobre una iniciativa de esta magnitud, es razonable que el Alcalde tenga la facultad de expedir supletoriamente las normas respectivas. Por el contrario, si el Concejo se ha pronunciado y ha decidido no aprobar el proyecto, este deberá ser archivado, caso en el cual el Alcalde no podría expedir la norma por decreto. »...

*William Zambrano Cetina, Germán Alberto Bula Escobar,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas.*

FACULTADES DEL ALCALDE PARA CONTRATAR

Autorización del Concejo Municipal

11 de marzo de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00285-00 (2238)

...«De conformidad con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, por regla general los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal.

En este sentido, el entendimiento de que cada año o periodo de sesiones el concejo municipal debe autorizar al alcalde para suscribir contratos, de modo que si esa autorización no se produce la contratación del municipio se paraliza, es constitucional y legalmente incorrecta, pues además de que no se deriva de los artículos 313-3 de la Constitución Política y 32-3 de la Ley 136 de 1994 (que adelante se revisan), desconoce las facultades contractuales y de ejecución presupuestal del alcalde contenidas en las disposiciones anteriormente citadas. Además, una interpretación de esa naturaleza sería contraria a los principios de eficiencia, transparencia, celeridad y economía que orientan la actuación administrativa (artículos 209 C.P. y 3° de la Ley 489 de 1998).

(...)

Así pues, se debe reiterar que a través de la atribución constitucional del artículo 313-3 de la Constitución Política, de naturaleza netamente administrativa, el concejo municipal no puede (i) someter todos los contratos que vaya a suscribir el alcalde a su autorización previa, sino solamente aquellos que por su naturaleza, monto, o materia pueden afectar de manera importante la vida municipal; (ii) modificar el estatuto de contratación pública o sus normas reglamentarias o establecer trámites

o requisitos adicionales para el respectivo contrato; o (iii) interferir en las potestades contractuales que la Constitución y la ley le asignan al alcalde como representante legal del municipio.»...

Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar, William Zambrano Cetina.

ELECCIÓN DE PERSONEROS

Concurso público de méritos. Semejanza con la convocatoria pública

3 de agosto de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00125-00 (2261)

...«[L]o primero que puede observarse es que aunque el nuevo texto del artículo 126 de la Constitución parece darle un significado distinto a los términos “*concurso público*” y “*convocatoria pública*”, en el fondo ambos persiguen la misma finalidad (la escogencia de las personas más idóneas para el desempeño del cargo) y se sujetan a los mismos principios: publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, entre otros. Por tanto, de entrada se descarta una oposición directa, abierta y evidente entre el concurso público de méritos de la Ley 1551 de 2012 y lo establecido en el artículo 2° del Acto Legislativo 2 de 2015, y se elimina de plano un posible fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente.

Pero incluso, aún si se aceptara que “concurso público” y “convocatoria pública” son términos “sutilmente” diferentes -en ningún caso llegarían a ser abiertamente contrarios o excluyentes-, lo cierto es que el propio numeral 2 del artículo 126 de la Constitución deja a salvo “los concursos regulados por la ley”. Por tanto, la reforma analizada no excluye sino que preserva los concursos públicos de méritos establecidos por el legislador, lo que **ratifica** la imposibilidad de hablar de un fenómeno derogatorio o de inconstitucionalidad sobreviniente de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

(...)

La Sala observa entonces que un análisis sistemático de la Constitución Política permite afirmar que la regla general es la utilización del concurso público de méritos para todos los casos en que la propia Constitución o la ley lo establecen expresamente (artículo 125), y que el artículo 126 Superior

opera apenas de forma subsidiaria o residual, es decir, para las elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones de elección popular en que no se haya establecido, precisamente, la utilización del concurso público de méritos. De este modo, los artículos 125 (concurso público de méritos) y 126 (convocatoria pública), en lugar de excluirse se integran entre sí para extender la regla de mérito y de selección objetiva a la mayor cantidad de cargos del Estado. Por tanto, sería un contrasentido considerar contrario al artículo 126 de la Constitución, en lugar de complementario de este, un sistema de selección de funcionarios que la propia Carta Política respalda suficientemente (artículo 125).»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina.*

D. DEPARTAMENTOS

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

Nuevo régimen salarial y prestacional de los diputados

14 de mayo de 1992

Radicación: 46-CE-SC-EXP1992-N444

...«La Constitución Política expedida por la Asamblea Nacional constituyente el 4 de julio de 1991 sustituyó el régimen salarial y prestacional de los Diputados por honorarios, cuyo derecho a percibirlos se adquiere por estos servidores públicos por la asistencia a las sesiones (ordinarias o extraordinarias) de las Asambleas Departamentales. La determinación de los honorarios corresponde hacerla a las respectivas Asambleas Departamentales, “con las limitaciones que establezca la ley”, y serán pagados con dineros provenientes del tesoro departamental. De conformidad con las nuevas prescripciones constitucionales, la vigencia del régimen de honorarios previsto para los miembros de las Asambleas Departamentales, está supeditado a la expedición por el Congreso de la República de una ley que establezca las limitaciones y criterios con sujeción a los cuales aquellas corporaciones administrativas puedan fijar los honorarios a que tendrán derecho los Diputados.

Una vez el Congreso expida la ley correspondiente, cesarán los efectos jurídicos del régimen salarial y prestacional. Las asambleas Departamentales estarán entonces en la obligación de dictar las ordenanzas en las cuales se haga la determinación de los honorarios de los Diputados, teniendo dichas ordenanzas, efectos jurídicos a partir de la fecha de vigencia de la ley, pues es precisamente en ese momento cuando se producirá la transición del antiguo régimen laboral al nuevo que prevé la Constitución.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

RÉGIMEN ESPECIAL DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA

*Falta de competencia de la Asamblea Departamental
en materia de control migratorio*

28 de febrero de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1399 (1399)

...« De la lectura y análisis de las disposiciones hasta aquí transcritas en los apartes anteriores, se concluye, con toda claridad, que la Constitución Nacional atribuyó a la ley, en forma exclusiva, la competencia para regular lo relativo al control de la densidad poblacional en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y que, además, ordenó al Gobierno Nacional hacerlo transitoriamente, mediante decreto con igual fuerza normativa a la de la ley, mientras ella se ocupa en el futuro de la materia. Pero, además, debe destacar la Sala que el propio constituyente distinguió entre las diferentes clases de leyes que debe expedir el legislador para reglamentar de manera especial y para el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los temas en el artículo 310 indicados. En efecto, para regular las materias señaladas en el inciso 1°, deberá cumplir con los requisitos exigidos por la Constitución para la expedición de las leyes en general, según la materia. (...)

Debe destacarse con claridad, que la ley 47 de 1.993 en cuanto atañe con el tema que nos ocupa, artículo 10 arriba transcrito, sólo otorgó a la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina una muy limitada competencia en orden a reglamentar aquellos aspectos específicos que en las normas legales o con fuerza de ley se establecieran sobre control de la densidad poblacional e inmigración en el Departamento. Cuál es el alcance de tal función? Obviamente no puede pensarse que se otorgó a la asamblea departamental la potestad reglamentaria sobre la ley, pues ella es atribución constitucional del Presidente de la República, tal como lo establece el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política [...]»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

LÍMITES DEPARTAMENTALES

Imposibilidad de definirlos mediante consulta popular

16 de marzo de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00021-00(1722)

...«Así las cosas, la consulta popular ha sido establecida para definición de límites intermunicipales, al interior de un mismo departamento, sin que sea procedente la aplicación de la analogía con el argumento de que todo conflicto de límites departamentales, encierra un conflicto de límites intermunicipales, pues no siempre hay municipios limítrofes, y además, no se presenta la hipótesis normativa, pues de existir éstos, pertenecerían a dos departamentos distintos con Asambleas y Gobernadores diferentes, de manera que no sería viable la solución por autoridades únicas prevista por la norma.

Podría pensarse sin embargo, que de acuerdo con la ley estatutaria 134 del 31 de mayo de 1994, referente a los mecanismos de participación ciudadana, dentro de los cuales se encuentra el de la consulta popular, es factible utilizar dicho instrumento, a nivel de los dos departamentos, como parte del trámite para resolver el asunto. Al respecto, es importante precisar que esa posibilidad tampoco puede darse, por las siguientes razones:

a) Conforme se indicó, la consulta popular no se encuentra establecida como una etapa dentro del procedimiento legal para dirimir un conflicto limítrofe entre dos Departamentos, y aparece claro que no se puede crear por vía de interpretación doctrinal, un trámite no consagrado en la ley.

b) La Comisión Demarcadora del Senado no tiene competencia conferida por la ley, para convocar la realización de una consulta popular en los dos departamentos, con la finalidad anotada.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

CREACIÓN DE DEPARTAMENTOS

Inviabilidad de hacerlo mediante consultas populares

20 de noviembre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00066-00 (2117)

...«Se concluye, por lo tanto, que en lo concerniente a creación de departamentos existe un vacío legal, que impide en el actual desarrollo de la legislación efectuar válidamente consultas populares con tal propósito, e imposibilita tener por válida y obligatoria la decisión de la ciudadanía que llegare a resultar del ejercicio de dicho mecanismo de participación.

(...)

Dado que es jurídicamente imposible que las autoridades administrativas e, inclusive, el legislador ordinario, puedan llenar dichos vacíos, no es viable que hoy en día se realice una consulta popular con esas características ni, por lo tanto, que se cree un nuevo departamento mediante ley, sin antes modificar y complementar (o sustituir) la actual ley orgánica de ordenamiento territorial. Y no se excluye la posibilidad de que sean necesarias dos leyes especiales: una ley orgánica para establecer los requisitos generales, y una ley estatutaria para regular la consulta popular relativa a la creación de nuevos departamentos (...) No obstante, el Congreso de la República bien podría crear un nuevo departamento mediante acto legislativo, como ha ocurrido en el pasado.»...

*William Zambrano Cetina, Germán Alberto Bula Escobar,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas.*

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

Autorización a los Gobernadores para contratar

18 de mayo de 2016

Radicación. 11001-03-06-000-2016-00023-00(2284)

...«Como se observa, la Ley 80 de 1993 le asigna a los gobernadores capacidad suficiente para comprometer contractualmente a la entidad territorial en los términos y condiciones de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los Departamentos. Resulta aplicable entonces lo señalado a lo largo de este concepto, en el sentido de que la Ley 80 de 1993 constituye la autorización general que los gobernadores necesitan para contratar y que, en consecuencia, la autorización a que alude el artículo 300-9 de la Constitución solamente puede tener carácter excepcional y para los casos en que la ley lo exija expresamente. Por lo mismo, esta última disposición solo puede entenderse referida a los contratos que no quedan cobijados por aquella autorización general...

(...)

En consecuencia, tampoco en el nivel departamental es constitucionalmente admisible una interpretación de la atribución de las asambleas de “autorizar al gobernador del Departamento para celebrar contratos” que supedita totalmente la actividad contractual del Departamento a nuevas autorizaciones generales o particulares de la asamblea departamental o que anule o deje sin efecto las competencias que en esa materia se le confieren a los gobernadores.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

E. REGIONES Y ÁREAS METROPOLITANAS

ÁREAS METROPOLITANAS

Competencia para reglamentar el uso del suelo

8 de octubre de 1992

Radicación 82-CE-SC-EXP1992-N460

...«La Sala considera, sin embargo, que la competencia específica otorgada por la nueva Constitución a los Concejos, no deber ser interpretada como una facultad excluyente, sino concordante con la atribuida a las Áreas Metropolitanas para programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad. Por consiguiente, la regulación del suelo y la preservación del medio ambiente son finalidades comunes al municipio y al Área Metropolitana, susceptibles de ejercerse conforme a criterios de solidaridad y bien común.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

REGIÓN ADMINISTRATIVA Y DE PLANIFICACIÓN

Naturaleza jurídica

2 de noviembre de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00078-00 (2017)

...« A partir de dichos principios, la ley 1454 de 2011 cataloga y describe las regiones administrativas y de planificación – RAP como “esquemas asociativos territoriales” (artículo 3° numeral 3, Capítulo II, en especial los artículos 9° y 10°) e “instancias de integración territorial” (artículo 3° numerales 10 y 13). El artículo 10° de la ley incluye a las regiones administrativas y de planificación – RAP en la categoría de “esquemas asociativos territoriales”, junto con las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos propiamente dichas, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación y las asociaciones de municipios de antaño conocidas. Las regiones administrativas y de planificación -RAP-, que no son entidades territoriales pues les falta todo lo que para el efecto exige el artículo 307 de la Constitución, son resultado de la libre voluntad departamental de integrarse y constituirse en RAP, mediante ordenanza y convenio, dando así origen a una persona jurídica de derecho público de naturaleza asociativa del orden territorial.»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

III. FUNCIONES DE INTERVENCIÓN ESTATAL

INSTRUCCIÓN PÚBLICA

Facultades del Gobierno y del Congreso Nacional

4 de mayo de 1971

Rad. 38-CE-SC-EXP1971-N548

...«5. En consecuencia, es indubitable que la competencia de reglamentación de la instrucción pública perteneciente al Presidente, es el poder que corresponde a las facultades dadas al Estado por el artículo 41 de la Constitución para “procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos”, complementada con las de dirección e inspección de las actividades docentes, que se traducen en la expedición de los actos y la ejecución de los hechos, es decir, en las actuaciones administrativas necesarias para verificar el cumplimiento de las normas reglamentarias que contienen las medidas adecuadas para la realización de aquellos objetivos. No se estima jurídico insertar artificialmente entre la atribución genérica dada por la Constitución al Estado y la competencia asignada al ejecutivo para su desarrollo, una potestad legislativa del Congreso, cuyo contenido específico no se podría distinguir del propio del reglamento, y estableciendo una dualidad de competencias sobre el mismo campo, sin dar pauta cierta para delimitarlas haciendo confuso y conflictivo su ejercicio.

Sin embargo, la circunstancia de que la función normativa de la educación corresponda plenamente al Gobierno y, de consiguiente, excluya toda regulación legal en esa materia, no implica que el legislador carezca de competencia en otros aspectos de esta cuestión. Porque habiéndosele

atribuido aquél solamente su regulación general, su dirección e inspección, lo que supone su previa existencia, en cambio, la creación, organización y promoción de los servicios educativos a cargo del Estado, y la protección y fomento de los que prestan los particulares, son asuntos de la órbita del Congreso, como resulta de lo prescrito en los ordinales 9o., 10o. y 20o. del artículo 76 de la Constitución, como también del inciso segundo del artículo 79 cuando estatuye que la creación de servicios a cargo de la Nación o su traspaso a ésta deben hacerse mediante ley, por iniciativa del Gobierno. Asimismo, es atribución del Congreso, según el artículo 41 en mención, la de señalar en la ley el grado en que es obligatoria la enseñanza.

7.La facultad de reglamentación de que se está tratando no es, en sentido estricto, un caso ordinario de intervención. Las distintas formas de intervención que al Estado autoriza la Constitución, requieren el previo mandato legal, o sea, son intervencionismo de operancia condicionada. No así en el caso de la reglamentación educativa, donde la atribución es directa y solo la subordina la misma Constitución, situación similar a la del ordinal 14o. del artículo 120, relacionada con el Banco de Emisión y las entidades de ahorro.»...

*Alejandro Domínguez Molina, José María Marmoleño,
Alberto Hernández Mora (salvamento), Luis Carlos Sáchica.*

SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Intervención del Estado en instituciones públicas y privadas

7 de diciembre de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N557

...«El Ministro de Salud, es competente para intervenir en las instituciones hospitalarias públicas o privadas cuando a juicio del mismo se hallen funcionando inadecuadamente en sus sectores técnico o administrativo. La facultad de intervención es aplicable a toda clase de hospitales tanto públicos como privados. Como la facultad de intervención del Estado se ejerce a través del Ministerio de Salud, a este corresponde, de conformidad con las normas legales vigentes o de los estatutos de la entidad, decidir la separación de quienes desempeñan los cargos de dirección administrativa o técnica. Los órganos administrativos y de dirección, una vez levantada la intervención, entran nuevamente en funciones, salvo que conforme a la ley, a los estatutos o al acto de intervención hayan sido sustituidos. Durante la intervención, el Ministro de Salud podrá convocar a elección de Junta Directiva, ciñéndose estrictamente a los estatutos de la respectiva entidad. Esta ejerce la plenitud de sus funciones una vez que sean levantadas las medidas de intervención.»

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

MEDIO AMBIENTE

*Competencias nacionales y de las entidades territoriales.
Principio de rigor subsidiario*

19 de marzo de 1998

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1048(1048)

...«Nuestra Carta Política en su artículo 84 señala que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. Ha de entenderse que si la Constitución atribuye a las entidades territoriales la facultad de dictar normas para la protección del ambiente y el patrimonio ecológico local, corresponde al legislador regular esas materias respetando la competencia propia de dichas entidades y en ningún momento podrá interpretarse que ese artículo establece una reserva de ley. La reglamentación que expida el Congreso, en relación con el ambiente y patrimonio ecológico local, debe conservar su carácter general y permitir la actividad de las entidades mencionadas sin invadir o restringir el espacio propio de las mismas, dado que las competencias son en este aspecto concurrente.

En desarrollo del referido artículo 288 de la Constitución, la ley 99 de 1993 con el fin de asegurar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la nación, estableció en el artículo 63 que el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y de rigor subsidiario. Circunscribe los dos primeros única y exclusivamente a las entidades territoriales -departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas- y el tercero, rigor subsidiario, a las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal. Estas pueden, cuando las circunstancias locales especiales lo ameriten, hacer más rigurosas pero no más flexibles las normas nacionales de policía ambiental mediante las

cuales se regula el uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o se limita el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación del medio ambiente, o se exigen licencias o permisos para el ejercicio de determinadas actividades.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

ACTIVIDAD DEPORTIVA

Intervención del Estado. Inspección y vigilancia

24 de junio de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1577 (1577)

...« Así las cosas, la conclusión del presente capítulo es que, haciendo a un lado la función de fomento del deporte porque no hace parte de esta consulta, el Estado interviene también reglamentando integralmente toda la actividad deportiva y recreativa y ejerciendo la función de inspección, vigilancia y control de las organizaciones deportivas públicas y privadas y de sus directivos y administradores, para lo cual tiene la amplia gama de instrumentos legales preventivos y coercitivos aquí descritos. Téngase en cuenta, además, que el mismo decreto 0776 de 1996, en sus artículos 20 a 24 otorga también la facultad de inspección, vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades sobre la procedencia de los dineros con que personas naturales o jurídicas “adquieran títulos de afiliación, acciones o aportes en clubes profesionales” y la coordinación que para el ejercicio de su función se debe mantener con COLDEPORTES.

Obsérvese, por último, que la naturaleza jurídica de la función de inspección, vigilancia y control es de carácter constitucional administrativo y surge de la necesidad de que el Estado intervenga en una actividad a la cual se le reconocen profundas implicaciones sociales y económicas. Su poder sancionatorio llega a tal punto, a través de la cancelación de la personería jurídica o la revocatoria del reconocimiento deportivo, que el organismo así sancionado pierda la habilitación legal para ejercer la actividad deportiva. Como se verá más adelante, esta función de inspección, vigilancia y control difiere de la función disciplinaria en el deporte, que por su naturaleza corresponde al ámbito privado pues los organismos deportivos, salvo contadas excepciones, tienen ese origen y así lo reconoce la ley. Es un sistema de autocontrol regulado por el Estado en sus principios

básicos, pero reglamentado en los códigos disciplinarios que debe dictar cada organismo y ejercido por autoridades privadas designadas también por los mismos organismos. Se precisa que si el ente privado no ejerce su función disciplinaria, COLDEPORTES debe exigir su cumplimiento...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Gloria Duque Hernández,
Susana Montes de Echeverry, Flavio Rodríguez Arce.*

IV. SERVICIOS PÚBLICOS

SERVICIOS PÚBLICOS

Huelga en actividades bancarias

6 de mayo de 1959

Rad. 918-CE-SNG-1959-05-06

...«Como es sabido la noción de servicio público ha sido una de las más controvertidas en el Derecho Constitucional y Administrativo, hasta el extremo de no encontrarse sobre ella una concepción uniforme. Parece, sin embargo, que se han aceptado como sus rasgos esenciales los de que, ya sea prestada directa o indirectamente por el Estado, ora por los propios particulares, se trata de una actividad que implique la satisfacción de vastos y primordiales intereses de la comunidad. Así parece haberlo recogido el segundo inciso del artículo 1° del Decreto Extraordinario número 758 de 1956, sustitutivo del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dijo que para los efectos del derecho de huelga, “se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”.

Desde este punto de vista las “actividades bancarias” a que se refiere la consulta, entendidas como el funcionamiento general de la industria bancaria, y habida cuenta de la prolija y minuciosa reglamentación a que se encuentra sometida entre otras Leyes por la 45 de 1923, que principalmente miran a la custodia de los intereses colectivos, no hay duda de que tales actividades, tomadas en su generalidad, satisfacen vastos intereses de la comunidad, desde el punto de vista privado y aún actividades de orden oficial.

Pero, en sentir del Consejo, debe distinguirse, para efectos de la eventual declaratoria a que se refiere el literal i) del precepto atrás citado, y sobre que descansa la consulta, dos cuestiones de importancia, a saber:

1. Las actividades bancarias prestadas por el Estado a través del Banco Emisor o de otros oficiales o semioficiales, y que por esta sola razón deben ser estimados categóricamente como de servicio público, aun cuando las personas que a ellos presten sus servicios se encuentren vinculados por un contrato de trabajo; y
2. El radio y magnitud del interés colectivo que se afecte en cada caso por la cesación de actividades en la industria estrictamente particular, pues, si de acuerdo con la doctrina, y con las consideraciones que preceden es la protección de ese interés primordial y colectivo lo que puede justificar una declaratoria como la prevista en el literal i) del artículo 430, esas dimensiones deben tenerse presentes para los efectos del mismo.
3. Ahora bien: aun cuando en relación con el último caso que se estudia, industria bancaria privada, sus actividades encajan dentro del precepto del artículo 430, considera el Consejo que debe medirse prudentemente la magnitud del perjuicio colectivo que sobrevendría con una cesación del trabajo, para no tomar una medida que pudiera contrariar la garantía constitucional que en forma esencial consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional.»...

*José Urbano Múnera, Jorge de Velasco Álvarez,
Guillermo González Charry, Alfonso Meluk.*

SERVICIOS PÚBLICOS

Régimen jurídico. Principio de solidaridad

11 de abril de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1409 (1409)

...«A los efectos de poder cumplir las previsiones constitucionales en materia de extensión de servicios públicos a las personas de menores ingresos, en especial los domiciliarios, la Carta Política diseñó un sistema de principios y apoyos económicos que permitieran alcanzar tal finalidad.

Así, de acuerdo con las normas expresas incluidas en ella, “(...) el Estado Social de Derecho se funda en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Art. 1), “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)” (Art. 49) y, “La ley fijará las competencias y responsabilidades (...) y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.(...).La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”...

(...)

La Corte Constitucional, al analizar el concepto, alcance y finalidad del principio de solidaridad consagrado en la Carta, señaló en la sentencia C-580 de noviembre 5 de 1.992: “Al considerar la norma, que los servicios públicos se prestarán «en beneficio de la comunidad», entendida como un todo, se consagra allí un principio de solidaridad que, elimina la posibilidad que se establezca la prestación de los mismos, en condiciones favorables a sólo una parte del conglomerado social. Más aún, se impone en ella, tomar en cuenta los distintos estratos sociales que participan como usuarios de los servicios públicos, según su capacidad económica, para establecer un

régimen tarifario diferencial, que consulta una función redistributiva del costo de los servicios, de acuerdo con la capacidad económica del usuario del servicio, para evitar que sea igual la tarifa para los sectores más ricos de la comunidad que para los más pobres, con lo que se impide que una mayor proporción de la riqueza se concentre en pequeños segmentos de la población, mientras que las grandes mayorías asumen el mayor costo de los servicios...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Cobro de consumos dejados de facturar

23 de junio de 1994

Radicación CE-SC-RAD1994-N606

...«Los vocablos «oportuno» y «oportunamente» que utiliza el artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, se refieren a que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben entregar las cuentas de cobro y los usuarios recibir las por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago, señalada en el correspondiente recibo a cuenta de cobro. Las cuentas de cobro, que deben ser entregadas y recibidas oportunamente, tienen que corresponder al período de facturación del servicio inmediatamente anterior, ya sea mensual o bimestral, en tal forma que la facturación sea también oportuna, es decir, que la facturación solo debe referirse al período anterior. La Sala considera que el estatuto ya citado debe ser aclarado en el sentido de señalar, por una parte, que la empresa solo pueda facturar el valor del servicio correspondiente al período inmediatamente anterior, y, por la otra, determinar el plazo para hacerlo. Por consiguiente, según los artículos 12 y 17 del Decreto 1842 de 1991, los usuarios están exentos de pagar los valores de los servicios públicos domiciliarios, en los casos siguientes: Cuando la facturación no se efectúe oportunamente, cuando las cuentas de cobro de dichos valores no se envíen en forma oportuna, cuando se cobren valores no facturados por error u omisión en la facturación, salvo si ello se debe a fraude o adulteración.»

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Marino Jaramillo Echeverri (Conjuez).*

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Falla en la prestación del servicio

7 de junio de 1995

Radicación 57-CE-SC-EXP1995-N698

...«De conformidad con los artículos 209, 365, 366, 367 y 368 de la Constitución, los servicios públicos domiciliarios deben prestarse con base en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, calidad, economía, continuidad, publicidad, celeridad, imparcialidad, para solucionar las necesidades esenciales y lograr “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” (artículo 366 de la Constitución). Estos principios deben servir para interpretar las disposiciones jurídicas relativas a los servicios públicos domiciliarios y para asegurar la vigencia y el respeto de los derechos de los usuarios. La falla en la prestación de los servicios, según el artículo 137 de la Ley 142 de 1994, permite al usuario optar entre la resolución del correspondiente contrato o su cumplimiento con las indemnizaciones que al efecto prescribe. El artículo 137 de la Ley 142 de 1994 dispone que se descuente “el cargo fijo” y sólo se cobre al usuario el valor del consumo cuando la interrupción continua del servicio, a causa de la falla del mismo, dure quince días o más. En consecuencia, si la interrupción del servicio es menor de quince días, el usuario no tiene derecho a este beneficio compensatorio; pero tiene derecho a todos los demás que, para los usuarios, prescribe el artículo 137 de la Ley 142 de 1994.»

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Referendo derogatorio

21 de mayo de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1492 (1492)

...« Así, siendo la participación ciudadana uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos uno de los fines esenciales del mismo, se advierte que el ciudadano cuenta con mecanismos señalados en la Constitución y la ley para tomar parte en las decisiones que lo afectarán con miras a asegurar la protección de sus derechos fundamentales y los derechos colectivos, tales como el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, etc. (acueducto, alcantarillado y aseo).

No obstante lo anterior, vale la pena mencionar, que el derecho a participar y tomar parte en las decisiones que afectan a los ciudadanos se encuentra regulado en la ley 142 de 1994, y regido por principios, que bien vale tener presentes en el análisis de la temática propuesta en la presente consulta.

(...)

De otra parte, debe resaltarse que el mecanismo del referendo derogatorio no puede utilizarse respecto de actos administrativos proferidos por el Alcalde en desarrollo de la facultad a él otorgada por el acuerdo municipal los cuales crearon situaciones jurídicas individuales y particulares. En efecto, del texto del artículo 35 de la ley 134 de 1.994 antes transcrito se deduce con toda claridad, que este tipo de actos, por su naturaleza, no tienen la fuerza de un acuerdo y, por lo mismo, no están incluidos en la lista taxativa de actos que podrían someterse a tal referendo.

Una interpretación contraria, generaría una gran inseguridad jurídica en la gestión pública y, además, crearía motivos de responsabilidad patrimonial a cargo del municipio, por ejemplo, la que se derivaría de terminar anticipada y unilateralmente un contrato, como el contrato de sociedad, suscrito con la Unión Temporal que previa convocatoria pública aportó su capital a la empresa.

Por consiguiente considera la Sala, que ni el acuerdo que facultó al Alcalde para seleccionar un socio, ni las resoluciones expedidas por éste ordenando, de una parte, la apertura de la convocatoria para buscar el socio estratégico y la inversión necesaria para suplir los problemas financieros y de salud pública de ese municipio y de otra la adjudicación de tal convocatoria, y menos aún el contrato mismo de sociedad suscrito por las partes y elevado a escritura pública, por medio del cual se constituyó la empresa de servicios públicos domiciliarios, podían someterse al referendo derogatorio convocado, en razón a que dichos actos no se ajustan a los presupuestos de procedibilidad previstos en el artículo 35 de la ley estatutaria. Cabe señalar que las situaciones jurídicas consolidadas en materia de servicios públicos domiciliarios tienen una especial protección por disposición expresa del legislador de 1994. Es así como el artículo 38 de la ley de servicios públicos domiciliarios, restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos relativos a la prestación de este tipo de servicios y garantiza la reparación de perjuicios que se causen con la declaratoria. »...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Subsidio de consumo de electricidad

29 de noviembre de 1995

Radicación: CE-SC-RAD1995-N754

...«El legislador entiende por “consumo de subsistencia: la cantidad mínima requerida de electricidad para satisfacer las necesidades básicas de una familia; podría agregarse además, que corresponde a uno de los tres primeros estratos socioeconómicos. Esta disposición tiene directamente el propósito de regular los subsidios de consumo de electricidad en términos que cubran las necesidades básicas de las personas de menores ingresos, en desarrollo de la Ley 143 de 1994, hace precisiones dirigidas a individualizar estos grupos humanos y a determinar lo que debe considerarse por consumo de subsistencia. En cuanto a lo primero prescribe que los subsidios están dirigidos a favorecer los estratos socioeconómicos I, II y III, y en lo referente a la cantidad de electricidad que ha de reputarse consumo de subsistencia, determinó la cantidad de 200 Kwhm por mes» que corresponde a uno de los tres primeros estratos socioeconómicos.

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, César Hoyos Salazar.*

COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Vigilancia por la Superintendencia de Servicios Públicos

16 de junio de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N931(931)

...«1.1.La ley 143/94 en el artículo 43 define taxativamente las conductas violatorias de la libre competencia y el abuso de la posición dominante, reduciéndolas a los siguientes aspectos que son expresos y deben entenderse estrictamente en el contenido de su texto, así:

-Cualquier práctica que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente subcontratos de suministro, o

-cualquier otro intento de fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros.

Las facultades sancionatorias contenidas en las leyes 142 y 143 de 1994 tienen, la primera de ellas alcance general y la segunda especial, referidas estas a la violación de normas de libre competencia, de modo que no existe entre ellas conflicto o contradicción en su alcance; no se excluyen los preceptos en su aplicación. Tales disposiciones se complementan para integrar el régimen sancionatorio aplicable a las entidades operadoras, derivado de la violación de las disposiciones a las que deben estar sujetas y de las normas especiales sobre competencia; la aplicación corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin perjuicio de las atribuciones previstas de modo general en el decreto 2153 de 1992 a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Régimen jurídico Ocupación permanente de inmuebles

11 de julio de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1427 (1427)

...« En el plano de la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de bienes inmuebles de particulares por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cabe la misma reflexión realizada en el capítulo anterior, pues si el legislador al regular el tema de los servicios públicos domiciliarios estableció una regla general consistente en la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas prestadoras de los mismos, cuyo juzgamiento compete a la justicia ordinaria, y en las excepciones expresas a esa regla no incluyó el evento de ocupación permanente de inmuebles, no le es dable al intérprete hacer modificaciones o ampliaciones de la lista de excepciones señaladas por la ley. En materia de excepciones es sabido que no cabe ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica.

(...)

Por lo expuesto, estima esta Sala que la hipótesis planteada en la consulta, según la cual, “a partir de la vigencia de la ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos, independientemente de su naturaleza jurídica, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que podría implicar que no le son aplicables las normas propias de las contenciones administrativas sino exclusivamente del Derecho Civil tanto sustancial como procesal”, encaja dentro del planteamiento general que se hace en este estudio, pero con la clara y expresa precisión de que las leyes 142 de 1994 y 489 de 1998, establecen excepciones respecto de las cuales deben aplicarse las normas del derecho público y su control es del resorte de la jurisdicción contenciosa.

De esta forma, debe concluirse que por disposición expresa de la ley de servicios públicos domiciliarios, la excepción solamente cubre los casos señalados en las providencias parcialmente transcritas, entre ellos y con relación al tema en estudio, los siguientes: 1) Los actos producto de procesos de enajenación forzosa de predios (expropiación) y 2) El control de la responsabilidad derivada de la ocupación temporal de inmuebles de propiedad de particulares. A contrario sensu, los actos y contratos producto de la enajenación voluntaria están en la esfera del derecho privado y bajo el control de la jurisdicción ordinaria, así como la atinente a la definición de la responsabilidad derivada de la ocupación permanente de predios.»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce (Salvamento de voto), Augusto Trejos Jaramillo.*

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Objeto social múltiple. Interpretación restrictiva

4 de junio de 2012

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00032-00 (2101)

...«Como se observa, según la ley 142 el objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios admite tres posibilidades: (i) la prestación de uno o más servicios públicos regulados por la ley (acueducto, alcantarillado, aseo, gas energía eléctrica y telefonía básica local y de larga distancia -art.14-); o (ii) una o más actividades complementarias a tales servicios; o (iii) una y otra cosa. Si se presta un solo servicio o actividad complementaria se tratará de un objeto social exclusivo; en los demás casos se tendrá un objeto social múltiple (de varios servicios y/o actividades complementarias). En todo caso, el inciso segundo faculta a las comisiones de regulación para obligar a estas empresas, en determinadas circunstancias, a tener un objeto exclusivo, es decir, a prestar un sólo servicio o actividad complementaria. De manera que las empresas de servicios públicos podrán escoger libremente uno o varios de los servicios o actividades complementarias señaladas en la ley y hacer las reformas estatutarias pertinentes para adaptar su objeto a sus necesidades de crecimiento y desarrollo dentro de las muy variadas opciones que la norma en cita permite.

A este respecto cabe llamar la atención que cuando la disposición revisada se refiere a un objeto social múltiple (inciso segundo), lo está haciendo respecto de los servicios públicos y/o actividades complementarias reguladas en la misma ley (art. 14), y no en relación con otras actividades comerciales distintas a las que constituyen el objeto social posible de estas empresas. En ese sentido, la parte final del inciso segundo señala claramente que las empresas de objeto social múltiple deben llevar contabilidad separada “*para cada uno de los servicios que presten*”; y que el costo y la modalidad de las operaciones “entre cada servicio” deben registrarse de manera explícita. Por

ende, tal alusión a un objeto social múltiple debe entenderse en el contexto de las actividades permitidas según la parte inicial del artículo 18, esto es, “uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”. »...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

SERVICIOS POSTALES NACIONALES

Servicio Postal Universal y servicios de correo. Enajenación de la participación accionaria del Estado en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. "4-72"

22 de abril de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00249-00 (2234)

...«La prestación de los servicios postales, especialmente el de correo, tiene una estrecha vinculación con la protección y efectividad de algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, como la libertad de expresión (artículo 20), el derecho a la información (ídem), el derecho de petición (artículo 23), el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia privada (artículo 15), entre otros; y por otra parte, a la obligación que le asiste el Estado colombiano de cumplir los compromisos asumidos frente a otros países en virtud de tratados internacionales, como aquellos mediante los cuales se creó y opera la Unión Postal Internacional.

(...)

... dentro del marco constitucional y legal que rige actualmente en Colombia para los servicios postales, se impone claramente la conclusión de que cualquier persona jurídica, de derecho público o privado, de capital estatal, privado o mixto, nacional o extranjera, puede prestar el Servicio Postal Universal, incluyendo el servicio de correos nacional e internacional, siempre que cumpla con las condiciones y requisitos antes mencionados...

(...)

(...) En el caso del servicio de correo, se observa que, aun cuando éste ha sido prestado tradicionalmente por el Estado en forma directa (primero por conducto del entonces Ministerio de Comunicaciones, luego de Adpostal y finalmente de "4-72"), la Constitución Política y la Ley 1369 de 2009 permiten al Estado prestar este servicio de manera indirecta, es decir, por intermedio de particulares, como sucedería si el Estado otorgara una concesión para estos efectos a una persona jurídica de carácter privado.

Dado lo anterior, el hecho de que el conjunto de los servicios postales estén calificados legalmente como un servicio público, y la circunstancia de que la titularidad de los mismos pertenezca al Estado, no riñe con la posibilidad de que tales servicios, incluyendo el SPU, sean prestados por personas jurídicas de derecho privado, bajo la permanente regulación, supervisión y control del Estado y, adicionalmente, en el caso del Servicio Postal Universal, con el cumplimiento de las condiciones técnicas, operativas y económicas (tarifas) fijadas por el MINTIC.

(...)

La enajenación de las acciones que posee el “PAR Adpostal” en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. está sujeta a las reglas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000, tal como fue modificado por la Ley 1105 de 2006. En esa medida, Fiduciaria S.A., luego de efectuar la valoración de las acciones en la forma prevista en el artículo 31 del Decreto 254 de 2000 (modificado por el 17 de la Ley 1105), tendría que realizar una primera etapa consistente en su ofrecimiento a las personas indicadas en el artículo 3° de la Ley 226 de 1995. Después de agotada esta etapa inicial, si las acciones ofrecidas fueren enajenadas parcialmente o si ninguna de ellas fuere adquirida por terceros, la participación accionaria mencionada o el remanente de la misma, según el caso, tendría que ser enajenado por el procedimiento descrito en la norma citada del Decreto Ley 254 de 2000, utilizando, en todo caso, mecanismos que permitan una amplia concurrencia. Ahora bien, si como resultado de este negocio, la totalidad de las acciones que pertenecen actualmente al fideicomiso “PAR Adpostal”, o parte de ellas, fuere enajenada a particulares, Servicios Postales Nacionales S.A. se transformaría en una sociedad de economía mixta, del orden nacional, pues su capital pasaría a ser propiedad de una o varias personas de derecho privado (naturales o jurídicas) y de varias entidades y patrimonios autónomos públicos.

(...)

Ahora bien, el régimen jurídico al cual estaría sometida la sociedad de economía mixta en la que se convierta Servicios Postales Nacionales S.A., depende del porcentaje de participación estatal que se transfiera efectivamente a los particulares. Si dicho porcentaje fuere igual o inferior al 10%, la sociedad de economía mixta se regiría por las mismas normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo disponen el artículo 38 y el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489. Por el contrario, si el porcentaje de participación que efectivamente llegaren

a adquirir personas naturales o jurídicas de derecho privado en el capital de “4-72” fuere superior al 10%, la sociedad de economía mixta que surja de dicha operación estaría sujeta a las reglas especiales consagradas para esa clase de entidades en la Ley 489 de 1998 y en otras leyes, así como a las normas generales que gobiernan las sociedades mercantiles, contenidas principalmente en el Código de Comercio. Vale la pena precisar, adicionalmente, que si la participación que adquirieren los particulares fuese inferior al 50% del capital social, lo cual implicaría que el Estado continuare poseyendo una participación superior al 50%, la eventual sociedad de economía mixta que surja de la enajenación seguiría siendo una “entidad estatal”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80 de 1993, y estaría sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con las salvedades que establece el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011...».

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina*

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE

Intervención del Estado. Supervisión y control

16 de octubre de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1454 (1454)

...«De conformidad con el mandato intervencionista, es claro para el legislador que los instrumentos que concede a las autoridades con el propósito de hacer efectiva la intervención ordenada, deben desarrollarse frente a todas las personas y organizaciones autorizadas por la leyes 105/93 y 336/96 para la prestación del servicio público de transporte, independientemente de su naturaleza jurídica -pública o privada-, de cualquier nivel territorial. Y ello es así, toda vez que la finalidad de las funciones de regulación, control y vigilancia es esencialmente la satisfacción de los derechos del usuario del servicio, reconocidos por la ley. Esas reglas especiales que integran el régimen jurídico del servicio público de transporte son las que, de una parte deben cumplir los prestadores del servicio, y de otra constituyen el marco de competencia de quienes ejercen las funciones de regulación, control y vigilancia.

Así, en materia del servicio público de transporte las reglas normativas miran el servicio mismo, es su prestación la que constituye su objeto a fin de garantizar al usuario final la seguridad, la comodidad y accesibilidad a la que tiene derecho, sin que, a tal efecto importe quién realiza la prestación del servicio, o su régimen jurídico propio, en tanto exista la autorización legal para emprenderla, y es claro que con ésta cuentan todos los sujetos económicos en el contexto de la libertad de empresa y la libre iniciativa particular.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se puede afirmar que la función de control y vigilancia de las autoridades administrativas del sector de transporte sobre el servicio público del transporte, constituye un “instrumento de intervención” para asegurar los propósitos del mandato

intervencionista consignado en las normas atrás transcritas, sin perjuicio de la esencia jurídica de esta función que corresponde al instituto de la “función de policía” propia del ejecutivo como una materialización del poder de policía que ostenta la autoridad reguladora, que en materia del servicio público del transporte, por voluntad legislativa, se radica en diversos organismos y autoridades: Congreso de la República, Presidente de la República, autoridades de tránsito.»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Sanciones a personas naturales, administradores, empleados y alcaldes

21 de agosto de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00531-00(2190)

...«[E]sa Superintendencia solamente podría sancionar a los siguientes prestadores de servicios públicos, cuando se trate de personas naturales: (i) a los productores marginales, independientes o para uso particular, y (ii) a las personas naturales que llegaren a ser sometidas a la vigilancia de la Superintendencia por orden de la comisión de regulación correspondiente. Tales individuos, en su calidad de prestadores de servicios públicos domiciliarios (legales o ilegales) pueden ser sujetos pasivos de cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142, pues la Sala no encuentra que alguna de dichas sanciones sea, por su naturaleza, imposible de aplicar a una persona natural. En efecto, nótese que incluso la toma de posesión podría aplicarse a una persona natural, en la medida en que esta constituya o se comporte económicamente como una empresa.

(...)

[E]n relación con los administradores y empleados de las empresas y demás prestadores de servicios públicos, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 solamente faculta a la Superintendencia para imponerles las sanciones previstas en el numeral 81.4, que consiste en la orden de separarlos de sus cargos y en la prohibición de trabajar en empresas similares hasta por diez (10) años.

(...)

[E]n el estado actual de la legislación no sería viable suspender o destituir a un alcalde por solicitud de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con base en lo dispuesto en los artículos 6, 79 y 81, numeral

4º de la Ley 142, cuando el respectivo municipio preste directamente uno o varios servicios públicos domiciliarios, pues tal decisión no solamente vulneraría el principio de legalidad de las faltas y las sanciones, al cual se ha hecho referencia precisamente en este concepto, sino que también desconocería la taxatividad que en esta materia específica (suspensión o destitución de alcaldes) exigen los artículos 314 y 323 de la Carta.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Medición de consumo. Efectos jurídicos. Competencia

22 de febrero de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00259-00 (2236)

...«La medición del consumo real del usuario es el elemento principal del precio del servicio que se cobra a través de la factura de servicios públicos. Para la emisión de dicha factura debe surtirse un procedimiento por parte de la ESP, en cuyas etapas iniciales se destacan las nociones de “lectura” y “consumo medido”.

(...)

El artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prevé que ante un error u omisión que lleve a que no **se facturen** los bienes y servicios prestados, la consecuencia jurídica será que la ESP pueda cobrarlos dentro de los cinco (5) meses siguientes a la entrega de la factura al suscriptor o usuario y que transcurrido dicho término no pueda cobrar tales bienes y servicios no facturados.

Por tanto, debe distinguirse lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 relativo al cobro de los bienes o servicios que las ESP no facturaron por error u omisión, dentro de los cinco meses siguientes a la entrega de la factura, de la falta de medición originada en la falta de lectura -por acción u omisión de la empresa-, para determinar el consumo del suscriptor o usuario, cuya consecuencia jurídica “hará perder el derecho a recibir el precio” a las ESP, prevista en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 30 y 31 de la Resolución CREG 108 de 1997. En consecuencia, no es admisible percolar, a propósito del cobro (este sí permitido) de lo no facturado por error u omisión, el cobro de bienes o servicios dejados de facturar por falta de medición, derivada de la falta de lectura, entendida

esta como “Registro del consumo que marca el medidor” (artículo 1, Resolución CREG 108 de 1997).

(...)

(...) en caso de desacuerdo con la decisión final que se tome por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos en segunda instancia, al resolver el recurso de apelación en relación con un usuario determinado, la empresa y el usuario podrán acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se examine la legalidad de esa decisión, al igual que sucede con cualquier acto administrativo de carácter particular.

Así pues la Superintendencia de Servicios Públicos, en los términos anteriores y actuando como segunda instancia, sí puede aplicar mediante acto administrativo la consecuencia jurídica de la falta de medición de que trata el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, cuando quiera que se den las circunstancias fácticas y jurídicas analizadas en este concepto. Esta facultad, por supuesto, debe entenderse sin perjuicio de la potestad administrativa sancionatoria que sobre las empresas de servicios públicos sometidas a su inspección, vigilancia y control, tiene asignada esa Superintendencia.»

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas*

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

Improcedencia

9 de julio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N854(854)

...«El Consejo de Estado ha venido sosteniendo que el ordenamiento contenido en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 según el cual los actos expedidos por el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia cuando no existía control efectivo de legalidad de los actos administrativos. Habida cuenta que la “Jurisdicción contenciosa se creó para ejercer el control de legalidad de la administración y que la acción de nulidad no prescribe, el legislador colombiano garantizó así que en cualquier momento el particular puede solicitar una definición judicial sobre la legalidad de un acto administrativo inclusive con la posibilidad de obtener la suspensión provisional de sus efectos, cuando es manifiesta su ilegalidad, de donde resulta improcedente darle aplicación a la excepción de ilegalidad”...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Importancia del principio de publicidad

4 de noviembre de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999-N1223(1223)

...«El Estado de derecho erige la publicidad de los actos de sus órganos y autoridades en principio esencial del sistema jurídico, como medio para garantizar la libertad de los asociados y protegerlos de la arbitrariedad de la administración, tomada ésta en su concepto lato. Además, la certeza y la seguridad jurídicas exigen el conocimiento oportuno por los administrados de las leyes expedidas, así como de las decisiones adoptadas por la administración, no sólo por cuanto en los estados democráticos no deben existir actuaciones secretas de las autoridades, sino porque de la publicidad se sigue la posibilidad de establecer la existencia, vigencia y obligatoriedad de las normas legales y de los actos administrativos y, por consiguiente, el ejercicio de las garantías concretadas en el derecho de defensa.

El principio de publicidad implica que las normas legales y las actuaciones de los órganos - en general - puedan ser conocidas por cualquier persona y con mayor razón por aquéllas que resulten o puedan resultar afectadas con el mandato legal o la decisión administrativa. Con todo, el legislador puede establecer las restricciones y reservas a la publicidad que estime convenientes, con fundamento en criterios de racionalidad y sin detrimento de las libertades públicas. La publicidad, entonces, es el mecanismo mediante el cual el administrado - la persona - conoce los derechos que le asisten y las obligaciones y cargas impuestas; al igual que la promulgación de la ley se establece como requisito indispensable para su obligatoriedad, la publicación de los actos administrativos generales y la notificación de los de carácter particular y concreto, concurren a obtener la misma finalidad.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

FUNCIONES JUDICIALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

En el caso de la definición de responsabilidad civil en accidentes marítimos

4 de noviembre de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1605 (1605)

...« En concepto de esta Sala, el artículo 48 tiene dos partes claramente diferenciadas: la primera, hace referencia a la función jurisdiccional otorgada a la autoridad marítima, la cual le permite, en su calidad de juez de la causa determinar la responsabilidad de las partes que resulten en conflicto y dar fin a la controversia mediante una sentencia; y la segunda, que le permite, en ejercicio, ahora sí, de la función administrativa, sancionar al infractor y garantizar la aplicación de la ley.

En otras palabras, si con ocasión de la investigación del siniestro marítimo, se concluye que éste se causó por la imprudencia, impericia o negligencia de alguno de los responsables de la nave, al violar una norma propia del tránsito o de seguridad marítima (señalización adecuada, etc.), es viable jurídicamente, que además de la declaración de responsabilidad extracontractual y de los daños que deba cubrir, se sancione administrativamente al infractor. Bajo estos presupuestos, las providencias sobre responsabilidad civil extracontractual que se emitan por la autoridad marítima sobre siniestros o accidentes marítimos, son extrañas al control de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que son sentencias proferidas en ejercicio de facultades jurisdiccionales conferidas por el legislador a una autoridad administrativa. (...)

De otra parte, la facultad judicial atribuida a la autoridad marítima en materia de accidentes y siniestros marítimos, en tanto es excepcional, está limitada por el legislador. En este sentido, el fallo no puede versar, como se pregunta en la consulta, sobre las controversias derivadas del contrato de transporte marítimo, aunque la controversia surja durante el viaje, pues en nuestro derecho, no se le otorga a la autoridad marítima la competencia para asumir toda suerte de causas...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gloria Duque Hernández, Flavio Rodríguez Arce.*

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES

Curadores urbanos. Control Fiscal

3 de febrero de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1624 (1624)

...« De los antecedentes legislativos, vale la pena destacar que la finalidad de crear la figura del curador urbano fue la de encargar a un particular calificado la responsabilidad de realizar una función pública atribuida hasta ese entonces, a las oficinas de planeación municipal y distrital. (...)

En este punto, la Sala considera importante precisar, que si bien es cierto el artículo 210 de la Carta establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que le señale la ley, también lo es, que la omisión de mencionar alguno o algunos de los controles propios de la función administrativa que se les ha encomendado, no puede servir de base para que los particulares se sustraigan a los controles que se derivan de la naturaleza de la función, y por esta vía, eludan su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones públicas.

(...)

En consecuencia, los curadores urbanos son sujetos de control fiscal por parte de las contralorías territoriales, en tanto, liquidan, recaudan y manejan fondos públicos. Su calidad de sujeto de control fiscal está dada en virtud a lo dispuesto en la Constitución y en ley 42 de 1993, y no en virtud de la Resolución Orgánica que expidió el Contralor General de la República para unificar el sistema de control. La competencia de las entidades de control del nivel territorial para ejercer el control fiscal sobre las curadurías deviene, entonces, de la Constitución y de la ley...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Enrique José Arboleda Perdomo,
Gloria Duque Hernández, Flavio Rodríguez Arce.*

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Sentencia de nulidad en materia tributaria

23 de agosto de 2005

Radicación: 11001-03-06-000-2005-01672-00 (1672)

...«Es claro que una vez desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo - en el presente caso de uno del orden territorial - por desconocer las condiciones de ejercicio de las potestades tributarias a las que debía sujetarse, la declaratoria de nulidad trae consigo la pérdida de validez y de vigencia del acto administrativo, y con ello, de su fuerza ejecutoria, pues conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo todo acto administrativo es obligatorio mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción especializada. En consecuencia, los artículos anulados del Acuerdo 32 ya no forman parte del ordenamiento jurídico, y no son fuente de la obligación tributaria sustancial del impuesto a la telefonía, pues éste perdió su causa y legitimidad para su cobro, al igual que las cargas o deberes secundarios de percepción, recaudo y traslado de los recursos derivados de la existencia del tributo. Debe afirmarse entonces, que después de la ejecutoria de la sentencia, no procede liquidación, cobro o recaudo alguno del impuesto inexistente y los recursos que con posterioridad a ella se hayan percibido, deben ser devueltos de oficio a los contribuyentes.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce.*

POTESTAD SANCIONADORA DE LA POLICÍA NACIONAL

Imposibilidad de que los policías bachilleres impongan multas

20 de septiembre de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00040-00(1826)

...« En específico las funciones de los agentes de tránsito se pueden clasificar así:

- De prevención y seguridad vial: garantizan y regulan la circulación vehicular y peatonal; vigilan, controlan e intervienen en el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte terrestre -art. 116 de la ley 769 del 2002 -; preservan y controlan el espacio público, controlan el estacionamiento sobre andenes, zonas verdes, separadores viales y vías peatonales en general; atienden quejas ciudadanas en relación con el buen funcionamiento del tránsito y transporte; ejercen control vehicular en las entradas y salidas de la ciudad; con el fin de prevenir accidentes realizan operativos de embriaguez, de control del transporte escolar, de control de taxis y de vehículos de carga; imponen comparendos (Arts. 129, 135 y 147, ley 769 del 2002).
- De educación y prevención: tales como campañas en las vías públicas, universidades, colegios, centros comerciales, entre otros, y charlas educativas a los conductores, a peatones, motociclistas, ciclistas, etc.
- De atención de hechos de accidentalidad en el área de su jurisdicción. En desarrollo de tal función los Agentes de Tránsito levantan informes descriptivos en caso de accidentes de tránsito y los remiten al organismo de tránsito competente (arts. 144, 145 y 149 *ibídem*).

- Igualmente tienen funciones de policía judicial de acuerdo con la ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal.

Como el cuerpo de guardas bachilleres de la Policía Nacional no está facultado para imponer comparendos, ni levantar informes descriptivos en caso de accidentes de tránsito, tan sólo cumple funciones pedagógicas, preventivas de infracciones y de accidentalidad y de colaboración con la movilidad, y en general las funciones auxiliares de los agentes de tránsito.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo.*

PRINCIPIO DE COLABORACIÓN INSTITUCIONAL

Derecho aplicable a las relaciones jurídicas entre órganos y entidades públicas.

11 de diciembre de 2007

Radicación: 1001-03-06-000-2007-00078-00(1853)

...«En estos conceptos ha expuesto la Sala que cuando la administración se relaciona bajo el principio de colaboración armónica, ninguna de las entidades puede imponerse sobre la otra, pues carece de competencia para ello. Por el contrario, cuando entre dos entidades se presente una relación de supremacía o subordinación, quien sea titular de los poderes públicos puede imponer a la entidad que actúe como un particular, las obligaciones que sean del caso conforme a sus competencias, utilizando el expediente del acto administrativo.

De esta diferenciación entre las relaciones interadministrativas de colaboración y las de subordinación, se puede deducir esta otra consecuencia: cuando se está en presencia de entidades o de dependencias del orden nacional que se relacionan bajo el principio de colaboración y se presente un conflicto entre ellas, el Presidente de la República puede definirlo sin necesidad de acudir al juez, dada su calidad de suprema autoridad administrativa que le entrega la Constitución. En el mismo sentido deben actuar los gobernadores y alcaldes en el marco de sus competencias.

En un concepto reciente, entendió esta Sala que no todas las relaciones entre los órganos o entidades públicas que se plantean en un pie de igualdad, podían definirse bajo las reglas del derecho público, pues era posible que una de las partes de la misma fuera una empresa industrial y comercial del Estado cuya actividad está regulada por el derecho privado, por lo que esa relación en lo que tenía que ver con la actividad industrial, comercial y de servicio propia de esta empresa, estaría sometida a las reglas de los particulares. Entonces la aplicación del principio de colaboración es matizada por el principio de eficacia económica, también de rango constitucional, que rige

la actividad industrial comercial y de gestión económica de las empresas estatales, así como la de prestación de los servicios públicos. Expuesto de otra forma, puede decirse que las relaciones de naturaleza administrativa entre órganos y entidades públicas, se regirán obviamente por esta rama del derecho, y en aquéllas cuyo objeto sea una actividad industrial y comercial, o de servicios públicos, la relación jurídica será regulada por el derecho aplicable a cada una de estas actividades.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

Notificación electrónica del acto administrativo

18 de marzo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00015-00(1989)

...« Ahora bien, un sistema de notificación por medios electrónicos, como el que se estudia en este concepto, debe garantizar los mismos resultados prácticos de la notificación presencial en cuanto al conocimiento de la decisión y la posibilidad de ejercer los recursos, para poder dar los mismos resultados jurídicos a la *presencia física* del interesado en la oficina pública como a su *presencia virtual* expresada en la interacción por medios electrónicos, entre esa oficina y ese interesado. El ordenamiento jurídico vigente da soporte a esa posibilidad, bajo el criterio de la *equivalencia funcional*, conforme al cual el medio de notificación que se adopte debe reunir los requisitos necesarios para preservar los derechos de los interesados, la exigibilidad de las decisiones de la Administración, y su prueba.

(...)

Con respecto a la consulta que ahora se resuelve, lo hasta aquí dicho significa que a partir de la entrada en vigencia de la ley 527 de 1999, la lectura del artículo 44 del C.C.A., puede hacerse entendiendo que la expresión “personal”, que califica la notificación de los actos administrativos de carácter particular, es comprensiva no sólo de la presencia física del interesado o de quien lo represente, sino de la *presencia virtual*, propia de las comunicaciones por vía electrónica, puesto que el acto formal de la notificación no está incluido en las excepciones que dicha ley 527 consagra para su aplicación, pero siempre que se observen los requisitos técnicos y jurídicos que permiten dar valor probatorio al mensaje de datos.

Entonces, bajo la rigurosa observancia de los requisitos formales que garantizan al particular el conocimiento, cierto y confiable, de los actos

administrativos que afecten sus derechos o intereses, así como el ejercicio oportuno de los recursos que sean procedentes, la administración puede acudir a los medios electrónicos para notificar sus actos, teniendo presente que bajo esta modalidad sigue vigente el efecto consagrado en el artículo 48 del C.C.A. para el caso de la notificación inexistente o irregular, esto es, la ineficacia de la decisión de que se trate, pues “en Internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos en dicho contexto también lo sean”, y en este caso, además de los derechos fundamentales del particular está en juego la eficacia de los actos administrativos.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
William Zambrano Cetina.*

RECURSOS EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Término para resolverlos según el CPACA

29 de octubre de 2012

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00084-00 (2123)

...«Conforme a lo anterior, la Sala concluye que para resolver los recursos administrativos las autoridades competentes tienen un plazo general y expreso de 15 días hábiles, de conformidad con los artículos 13 y 14 del CPACA, salvo disposición legal especial en contrario. Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el párrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición.

No obstante, cuando en los recursos sea del caso practicar pruebas, bien sea porque se solicitaron, aportaron o se decretaron de oficio, el término general de 15 días hábiles se suspende mientras dura el periodo probatorio (que en ningún caso será superior a 30 días hábiles), y se corre traslado de las pruebas practicadas, vencido el cual deberá proferirse la decisión. »...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
William Zambrano Cetina.*

ACTAS DE LA COMISIÓN DE RELACIONES EXTERIORES

Su reserva no es oponible al Procurador General de la Nación

23 de enero de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00004-00 (2137)

...«De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 69 de 1993 los conceptos de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y, por ende, sus discusiones y las actas donde ellas constan, tienen carácter reservado; de este modo, conforme a los artículos 74 de la Constitución Política y 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no son documentos de libre acceso a cualquier persona. Se cumple en ese sentido la exigencia constitucional de que la reserva de la información esté prevista en una norma con fuerza material de ley.

No obstante, el mismo artículo 4 de la Ley 69 de 1993 permite que la propia Comisión Asesora de Relaciones Exteriores y el Presidente de la República acuerden levantar la reserva y darle publicidad a la respectiva información. Se trata de una facultad discrecional que como toda decisión de ese tipo debe ser adecuada a los fines de la norma que la consagra y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como lo dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, si bien en el caso analizado el levantamiento de la reserva es discrecional, dicha decisión no deberá poner en riesgo los bienes que ella pretende tutelar y que según las funciones de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores estarían relacionadas con la seguridad exterior, la buena marcha de las relaciones exteriores del país y la situación de los límites marítimos y terrestres de la Nación, entre otros. Si tales bienes jurídicos no se desprotegen con el levantamiento de la reserva, no habría ningún impedimento para acordar su publicidad. Tal decisión y el análisis concreto de las condiciones para levantar la reserva, corresponderá, como se

ha dicho, a la propia Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de consuno con el Presidente de la República.

Ahora bien, sin perjuicio de esta posibilidad de levantar la reserva para el público en general, de las normas citadas también queda claro que salvo que la propia Constitución o una ley dispongan expresamente lo contrario, el carácter reservado de un determinado documento (en este caso de las actas de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores) no es oponible al Procurador General de la Nación ni al Defensor del Pueblo cuando requieran la información *para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.*»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
William Zambrano Cetina.*

IMPEDIMENTOS DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Designación de servidores ad-hoc

6 de marzo de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00049-00 (2203)

...«Corolario de las decisiones de aceptar un impedimento o una recusación es la designación de quien deba continuar conociendo del asunto de que se trate para que este no quede sin atender o concluir por falta de funcionario competente.

(...)

1. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. está atribuida al Procurador General de la Nación. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto de los gobernadores está radicada en cabeza de los procuradores regionales. Ambas competencias se encuentran atribuidas por el artículo 12 del CPACA.

2. El Ministerio Público, en especial bajo la estructura del Estado consagrada por la Constitución Política de 1991, carece de competencia para nombrar funcionarios de la rama ejecutiva. En cambio el Presidente de la República tiene para ese efecto facultad expresa.

3. En efecto, el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, le asigna al Presidente de la República una competencia genérica que para este caso lo faculta para nombrar funcionarios ad hoc en los casos en los cuales sea aceptado el impedimento o la recusación de un servidor en ejercicio de funciones administrativas que no tiene superior ni cabeza de sector.

4. Una interpretación distinta implicaría el desconocimiento de la estructura del Estado determinada por la Constitución Política de 1991, especialmente en los artículos 1, 113, 115 y 117, así como de la regulación

legal de esta materia contenida en los Decretos Leyes 262 de 2000 y 2893 de 2011.

5. La anterior interpretación del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 resulta congruente con el diseño institucional y funcional del Estado que estableció la Constitución Política de 1991. En efecto, tiene plena justificación constitucional que la competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C, esté atribuida al Procurador General de la Nación y la competencia en esos mismos eventos respecto de los gobernadores esté radicada en los procuradores regionales, por tratarse precisamente la Procuraduría General de la Nación de un organismo autónomo e independiente que tiene por función la de velar y controlar que las actuaciones administrativas sean adelantadas por funcionarios imparciales y, por ende, sean resueltas con ajuste a la ley, la moralidad y la rectitud necesarias en la función pública. Es decir, existe una conexidad sustancial entre las funciones de la Procuraduría y los objetivos perseguidos con la institución de los impedimentos y recusaciones.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

REVOCATORIA DIRECTA

Generalidades

8 de junio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00137-00(2266)

...«Dentro de este contexto, la parte primera de la Ley 1437 contempla que las autoridades pueden ajustar sus actos al ordenamiento jurídico bien sea de manera provocada al resolver los diferentes recursos que contra ellos se ejerzan o al pronunciarse sobre las solicitudes de revocatoria directa, con el aditamento de que esta última institución también procede de manera oficiosa. En efecto, la doctrina señala que la revocatoria directa tiene dos modalidades: i) como mecanismo que opera a solicitud del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y ii) como medida tomada motu proprio por la Administración para dejar sin efectos las decisiones adoptadas por ella misma, en uno y otro caso con fundamento en la ley y sujeción a la regulación correspondiente. Ha dicho el Consejo de Estado que, vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de derechos fundamentales.

En suma, la revocatoria directa de los actos administrativos es una potestad legal otorgada a una autoridad para hacer desaparecer de la vida jurídica las decisiones que ella misma ha tomado, por razones de legalidad o por motivos de mérito. Son razones de legalidad las que constituyen un juicio estrictamente lógico jurídico, esto es, una confrontación normativa sobre la infracción al orden preestablecido con violación del principio de legalidad. Hay razón de mérito cuando el acto es extinguido por contrariar el interés público o social, o cuando una persona determinada recibe un agravio injustificado.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA

Generalidades

28 de septiembre de 2016

Radicación:11001-03-06-000-2016-00051-00(2287)

...« La actividad administrativa se cimienta en dos conceptos fundamentales: i) la competencia y ii) el principio de legalidad. (...)

La competencia se caracteriza por ser irrenunciable, improrrogable y expresa. 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. De allí que no puedan reconocerse competencias por vía analógica o por extensión. 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 y la ley. (...)

[C]onstituye un principio rector del ejercicio del poder, es un elemento fundamental del Estado de Derecho y representa una herramienta para proteger la libertad y la democracia, así como también para garantizar el ejercicio de las funciones de control. 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. Con todo, existen otras normas constitucionales que lo sustentan también, tales como los artículos 122, 123 y 230. 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, el reconocimiento de una competencia puede derivarse de cláusulas y parámetros generales de acción.»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.*

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Eficacia

4 de abril de 2017

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00210-00 (2316)

...«De acuerdo con la posición planteada por el Consejo de Estado para que la notificación electrónica se considere válidamente realizada se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que el administrado haya aceptado en forma expresa este medio de notificación, de forma tal que no exista duda de su aquiescencia.

2. Que durante el desarrollo de la actuación administrativa no haya solicitado otra forma de notificación, y

3. Que la administración certifique el acuse de recibo del mensaje electrónico, para efectos de establecer la fecha y hora en la cual el administrado tuvo acceso al acto administrativo.

Respecto de este último requisito, es claro que corresponde a la administración ya sea directamente, si goza de la capacidad técnica para hacerlo, o por medio de una entidad certificadora, certificar el acuse de recibo del mensaje electrónico con el cual se envía el acto administrativo que se pretende notificar, en el cual se indique la fecha y hora en la cual el administrado tuvo acceso al mensaje de datos y, por ende, al acto administrativo adjunto al mismo. Dicha certificación permite conocer la fecha y hora en la cual queda surtida la notificación conforme a lo dispuesto en la norma. Este requisito permite verificar que haya cumplido con el propósito de la figura, esto es que el administrado tenga acceso al acto administrativo que se notifica y de esta manera pueda ejercer de manera oportuna sus derechos de defensa y contradicción, si así lo considera. Así mismo, la constancia de la fecha y hora en que el interesado tiene acceso al mensaje de datos que contiene el acto administrativo es la que permite

tener certeza sobre la oportunidad en el ejercicio de sus derechos, tales como: la interposición de recursos y el agotamiento de control en sede administrativa.”

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.*

RAMA LEGISLATIVA
Y ASUNTOS ELECTORALES

I. CORPORACIONES PÚBLICAS Y FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR

A. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

CONGRESISTAS

Inhabilidades e incompatibilidades no pueden ser creadas por reglamentos

18 de mayo de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1266 (1266)

...«Sobre el tema de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, entendidas las primeras como impedimentos para que una persona pueda ser nombrada o elegida para un cargo público, y las segundas como limitaciones para quien ha sido nombrado o elegido, durante el tiempo que ostente el cargo, es de anotar que algunas de ellas están consagradas en la Carta -Presidente de la República y Congresistas-; y en otros casos corresponde al legislador fijar su régimen por expresa delegación del constituyente, tal como lo disponen los artículos superiores 124, 293, 299, 303, 304 y 312.

Es decir, las inhabilidades e incompatibilidades son creadas por la Constitución o la ley, y no pueden ser fijadas mediante decretos reglamentarios o reglamentos administrativos, tal como lo expresó la Corte Constitucional cuando se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 42 de la ley 200 de 1995 –Código Disciplinario.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

CONGRESISTAS

Inhabilidades e incompatibilidades en materia electoral

28 de febrero de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00010-00(1879)

...«En síntesis tanto las inhabilidades como las incompatibilidades son especies de un mismo género, pues aunque se refieran a momentos y situaciones diferentes, ambas tienen el carácter de prohibiciones. Así, en términos generales en materia electoral las inhabilidades son situaciones de hecho previas a la designación, que impiden a un ciudadano postularse válidamente para ser elegido a un cargo o corporación pública, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad genera la nulidad de la elección o nombramiento.

Por su parte las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades no da lugar a nulidad de la designación puesto que el servidor público incurre en ellas estando en ejercicio de sus funciones, pero puede tener otros efectos como dar lugar a una sanción disciplinaria o a la pérdida de la investidura. Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley, son de aplicación o interpretación restrictiva y no admiten analogía.

Inhabilidad sobreviniente. Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando. Es el caso de las inhabilidades que surgen como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o

bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria.

(...)

Prohibición a los servidores públicos de nombrar familiares e impedimento para que éstos sean designados en el mismo nivel territorial. Como antes se dijo, fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen riguroso de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con el objeto de garantizar que el ejercicio de funciones públicas condujera a la toma de decisiones objetivas acordes con la finalidad esencial del Estado, que es el bienestar comunitario.

Por ello, con el fin de evitar que el ingreso al servicio público pueda originarse en consideraciones distintas a los méritos y calidades personales y profesionales de los aspirantes, algunos preceptos Constitucionales y legales prohíben a los servidores públicos designar bien sea de manera general o para el ámbito territorial de su jurisdicción a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares. Las dos normas constitucionales [artículos 126 y 292] no se excluyen sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello la norma constitucional dice *los servidores públicos no podrán nombrar...*

En cambio en el enunciado del artículo 292 consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

CONGRESISTAS

Incompatibilidades para el desempeño de cargos privados

15 de mayo de 1992

Radiación 94-CE-SC-EXP1992-N445

...«Los Miembros del Congreso no pueden ser miembros de las juntas Directivas de las Sociedades en que sean accionistas, porque esos destinos son cargos privados, y de ocuparlos, incurrirán en la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 180, numeral 1° de la Constitución Nacional. Los miembros del congreso, de conformidad con las normas pertinentes del Código de Comercio, pueden representar acciones o cuotas en Asambleas o Juntas de socios o sociedades comerciales de las cuales sean accionistas. Sin embargo, no pueden tener acciones ni representar las de otras personas, cuando estas sociedades, Personas Jurídicas de Derecho Privado, administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones del Estado según lo establece el numeral 4° del artículo 180 de la Constitución Nacional, porque incurrirán en violación del régimen de incompatibilidades, sancionada con la pérdida de la investidura de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 183 de la Constitución Nacional.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

CONGRESISTAS

Deber de ejercer la función cuando el impedimento es rechazado

28 de agosto de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00069-00(1922)

...«De lo señalado se concluye que cuando, de acuerdo con sus convicciones, el congresista pone en conocimiento de la Corporación lo que en su sentir considera un evento constitutivo de causal de impedimento, por existir por ejemplo un conflicto de intereses, y la Corporación en ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y legales estudia la solicitud y decide no aceptarla, por considerar en términos objetivos que realmente no existe causal de impedimento, el congresista salva su responsabilidad al respecto.

En caso de que la Comisión o Corporación niegue un impedimento en contra de lo dispuesto por la Constitución y la ley, es importante advertir que quienes así actúan, deben asumir la responsabilidad respectiva. Ello significa que en términos jurídicos el congresista no puede hacerse responsable de la conducta y decisión de terceros, de manera que si en virtud de la habilitación que le concede la Corporación o Comisión finalmente participa en el debate y decisión del proyecto para el cual inicialmente se declaró impedido, la Sala considera que no incurre en causal de pérdida de investidura.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

EMBAJADORES Y CÓNSULES

Régimen de inhabilidades aplicable a los embajadores y cónsules que aspiren a ser elegidos congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes

1 de octubre de 1992

Radicación número: 463

...«Los embajadores y Cónsules, no están incurso en la prohibición del art. 179, número 2, de la Carta Política para ser elegido Congresista porque son empleados públicos que no ostentan jurisdicción ni autoridad política, militar, civil o administrativa. A los Embajadores y Cónsules tampoco se les aplica las disposiciones del art. 18 transitorio, número 2 de la Constitución Nacional para poder ser elegidos Gobernadores porque, al igual que el anterior caso, sus cargos no implican ni jurisdicción ni autoridad civil, política, administrativa o militar. En el mismo sentido, los referidos empleados diplomáticos, no están inhabilitados para ser elegidos diputados, por las mismas razones expuestas para la elección de congresista, toda vez que se les aplica el mismo régimen de inhabilidades. En relación con el régimen de concejales, la Sala estima que los embajadores y cónsules están sometidos a lo dispuesto por el art. 83 del decreto ley 1333 de 1986, que prevé que no podrán ser elegidos concejales quienes hayan sido empleados oficiales dentro de los seis meses anteriores a dicha elección. La prohibición establecida por el art. 5o., letra e), de la ley 49 de 1987, que consiste en que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien dentro de los tres meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial, se aplica a los embajadores y cónsules porque dichos servidores ostentan la calidad de empleados oficiales. Finalmente, la Sala considera que, a pesar de que los embajadores y cónsules colombianos no están sometidos a las prohibiciones prescritas en los arts. 179, número 2, 18 transitorio, número 2 y 299 de la Constitución Nacional, no pueden realizar ninguna actividad política de conformidad con el art. 127, inciso 3o., ibídem, mientras se expida la ley que regule las condiciones para ejercer el derecho.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

NOTARIOS

Inhabilidades para su ejercicio

13 de octubre de 1992

Radicación No. 462

...«La causal de inhabilidad constituida específicamente por la ley para ser designado notario resulta del desempeño, en el año inmediatamente anterior del cargo de ministro, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o magistrado fiscal de Tribunal Superior (artículo 134 Decreto Ley 960 del 1970).

Del desempeño en propiedad, en el año inmediatamente anterior, del cargo de contralor departamental, distrital, o municipal, resulta la inhabilidad establecida por el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política, para desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio. Esta referencia locativa de la norma al desempeño de «empleo oficial alguno» y este último adjetivo, que se aplica indeterminadamente, equivale en el sentido dispositivo de la norma a que la inhabilidad comprende el desempeño de todo empleo oficial, sin distinción de orden o categoría, como el notario. Es claro que los notarios son empleados públicos porque las notarías son servicios desempeñados por personas que ejercen función pública, sometidos a un estatuto de carrera en el cual el nominador es el Estado, que a su vez cumple la inspección y vigilancia de la notarías, como se deduce del Título V, capítulo 2o. de la constitución y del Decreto Ley 960 de 1970. Por lo tanto, quien haya ocupado el cargo, de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar el cargo de notario, durante el año siguiente a la cesación de funciones, en el respectivo departamento, distrito o municipio.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*

VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Inhabilidades e incompatibilidades

20 de septiembre de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1378 (1378)

...« [E]l Vicepresidente de la República es elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República, su período es igual al de éste y lo reemplaza en sus faltas temporales o absolutas - en este evento, por el resto del período -, aún en el caso en que éstas se presenten antes de su posesión; el Presidente puede, además, confiarle misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. Sin embargo, no puede asumir funciones de ministro delegatario. Mientras las circunstancias señaladas no acontezcan, el Vicepresidente conserva su vocación sucesoral, sin perjuicio de que pueda cumplir misiones o encargos especiales o ser designado en un cargo de la rama ejecutiva.

(...)

Inhabilidades de rango constitucional. Respecto del Vicepresidente el ordenamiento constitucional no trae un listado de inhabilidades como si lo hace para el Presidente de la República Sin embargo, conforme al artículo 204 de la Carta no puede ser elegido Presidente de la República ni Vicepresidente para el período inmediatamente siguiente. Sin perjuicio de esta inhabilidad, tampoco podrá ser elegido en el cargo de Presidente de la República si lo ejerció, en forma continua o discontinua, por más de tres meses durante el cuatrenio; tampoco podrá serlo, si ha sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, conforme al inciso final del artículo 122 de la Carta.

Inhabilidades de estirpe legal. El aspirante al cargo de Vicepresidente está sujeto a las inhabilidades que de manera general prevé el ordenamiento jurídico para quien pretenda desempeñar funciones públicas. La ley 200

de 1.995, aplicable a todos los servidores públicos, establece las siguientes inhabilidades:

(...)

Incompatibilidades. Las incompatibilidades conllevan la prohibición jurídica de coexistencia de dos actividades, es decir, son aquellos actos que no puede realizar el servidor público durante el ejercicio del cargo o empleo. Las incompatibilidades predicables del Vicepresidente están supeditadas a las funciones que cumpla. Así, si ejerce la Presidencia de la República, aquellas serán las mismas del titular, puesto que el encargado hace las veces del Primer Magistrado según el artículo 195 de la Carta; si es nombrado en un empleo de la rama ejecutiva, lo cobijan las inhabilidades predicables de los servidores públicos y en particular las del empleo o cargo que ejerza; igual situación acontece en el caso del desempeño de misiones, encargos o funciones especiales, el cual implica el ejercicio de funciones públicas.»...

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

CONTRALORES Y PERSONEROS

Temporalidad de las incompatibilidades

22 de febrero de 2016

Radicación 11001-03-06-000-2016-00021-00 (2282)

...« Si se toman estas incompatibilidades en una interpretación literal, en particular las previstas en el literal a) del artículo 175 de la Ley 136 de 1994 y en el numeral 6° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 (en negrilla), y se extienden por un año más después de la dejación del cargo de personero, la respuesta a los interrogantes planteados sería necesariamente negativa, pues se llegaría a la conclusión de que los *ex personeros*, durante el año siguiente al vencimiento de su periodo, no podrían desarrollar ningún tipo de actividad o negocio particular o tener ningún tipo de empleo público o privado, pues la incompatibilidad es absoluta.

Sin embargo, el concepto de esta Sala es distinto, pues aplicada en esos términos, la incompatibilidad comportaría una carga excesiva para dichos funcionarios, quienes tendrían que subsistir durante el año siguiente a la dejación del cargo sin devengar ningún tipo de salario o ingreso público o privado, lo cual resultaría desproporcionado y desconocería derechos fundamentales como el trabajo, el mínimo vital, la libre autodeterminación, etc. Es claro que mientras se ejerce el cargo de personero es exigible de dicho funcionario una dedicación total de su tiempo y esfuerzos a la labor para la cual ha sido elegido, de manera que no se ocupe de otras actividades o empleos públicos o privados. En este momento la incompatibilidad analizada tiene como propósito principal asegurar la exclusividad en el desempeño del cargo -como medio para lograr mayor eficiencia administrativa-, y en ese sentido se justifica su carácter absoluto. Por ello, el artículo 38 de la Ley 617 de 2000 la circunscribe al desempeño simultáneo de otro cargo.

Sin embargo, cuando el personero ha dejado su empleo, la ampliación de la referida incompatibilidad por 12 meses más -como ordena el artículo

51 de la Ley 617 de 2000- adquiere una finalidad distinta ya no relacionada con ese deber de exclusividad propio de los servidores públicos, sino con la necesidad de asegurar transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública, en el sentido de evitar que el cargo de personero pueda ser utilizado para procurarse un empleo o actividad pública o privada posterior. Dado lo anterior, el estudio de esta incompatibilidad exige un análisis de razonabilidad y de proporcionalidad diferenciado a partir de los fines que en cada momento se persiguen. En particular cuando se ha dejado el cargo de personero lo principal no será la garantía de exclusividad (que ya no se justifica) sino de transparencia y moralidad pública.

[L]a Sala observa que la aplicación de la incompatibilidad analizada después de la dejación del cargo de personero no llega a tener el mismo carácter absoluto de cuando se está desempeñando ese empleo si se tiene en cuenta, por ejemplo: (i) La prohibición de acceder a un cargo o empleo público solo resulta razonable en el municipio o distrito en que se ejerció la respectiva función de control, que es el lugar donde el ex personero podría haber utilizado su cargo para asegurarse un nombramiento o designación a la terminación de su periodo, por tanto, como ha señalado la jurisprudencia para otros supuestos similares no resulta razonable aplicar la extensión temporal de la incompatibilidad a otras entidades territoriales distintas a la que se ha ejercido el cargo, pues esa exigencia resultaría desproporcionada a la luz de los principios de transparencia y moralidad administrativa que se buscan proteger. (ii) En cuanto a la imposibilidad de desempeñar un empleo privado durante el año siguiente al ejercicio del cargo, la Sala considera que esa materia está regulada actualmente y de forma mas precisa en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 sobre prohibición de gestión de intereses privados por ex servidores públicos donde se observa que la restricción no es absoluta (cualquier empleo privado) sino relativa exclusivamente a “los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

B. PÉRDIDA DE INVESTIDURA

CONGRESISTA

Pérdida de investidura por no posesionarse oportunamente

12 de diciembre de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00102-00(1872)

...«A partir de lo dispuesto por el artículo 261 de la Constitución Política, la ley 5ª de 1992 establece con claridad cuáles son los eventos que constituyen faltas absolutas o temporales capaces de causar una vacancia de idéntica naturaleza en el ejercicio del cargo de congresista, para concluir que aunque la propia Constitución consagra un sistema sucesivo y descendente para suplir esas faltas absolutas o temporales, en parte alguna las disposiciones reseñadas se refieren textualmente al fenómeno que se puede presentar cuando el titular original del cargo o quien sea llamado a suplirlo se excuse en forma justificada o no de tomar posesión o por esas mismas circunstancias no lo haga en término. (...)

Como el ejercicio de la función pública es un derecho que finalmente revierte en un deber, específicamente respecto de la causal contenida en el numeral tres, el Constituyente del 91 consideró que si el elegido o el llamado no tuvo a bien posesionarse dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras o dentro de los ochos días siguientes a la fecha en que fue llamado a posesionarse, posiblemente incurre en una causal de indignidad para ejercer el cargo, circunstancia que debe ser tenida presente por los órganos competentes al momento de darle posesión, pues eventualmente, una vez posesionado, puede ser sujeto de un proceso de pérdida de investidura en el que el congresista comprometido tendría que probar que su no posesión en el plazo Constitucional se debió, por ejemplo, a un evento de fuerza mayor que se lo impidió. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

CONGRESISTA

Severidad del régimen de pérdida de investidura

3 de julio de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00029-00(1894)

...«La severidad del régimen de pérdida de investidura –correlativa a la confianza depositada en el Congresista- se refleja en que, como advierte la jurisprudencia, constituye la máxima sanción político disciplinaria del Congresista, pues implica para el afectado no sólo la separación del cargo (declarada por la autoridad judicial), sino la inhabilidad a *perpetuidad para ejercer cargos de elección en el futuro*.

(...)

La Sala considera que la pérdida de investidura no podría asimilarse a la dejación del cargo por renuncia, pues además de ser dos figuras jurídicas diferentes –la primera es una sanción y la segunda un acto voluntario-, en materia de incompatibilidades e inhabilidades, se impone una regla estricta de legalidad, excluyente de interpretaciones analógicas o extensivas que extiendan las prohibiciones a espacios no previstos expresamente.

(...)

En este orden, si bien la consagración de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas preserva importantes valores y principios constitucionales, tales como los principio de moralidad, igualdad, eficiencia entre otros, su consagración está reservada al legislador y al constituyente, por lo que se ha reiterado que la interpretación de las disposiciones legales en la materia ha de ser restrictiva. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo (ausente en Comisión), Gustavo Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

C. CONFLICTO DE INTERESES E IMPEDIMENTOS

INTERÉS DIRECTO ECONÓMICO

Interés directo económico

27 de mayo de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999-N1191(1191)

...«El interés directo en el plano económico. Cuando se presenta un interés directo del parlamentario, de orden económico, sobre determinado proyecto de ley, es necesario plantear el posible beneficio lucrativo que le reportaría frente al carácter general y abstracto de la ley, que es una de sus características esenciales. El interés directo habría que verificarlo frente al ámbito de aplicación de la ley que se proyecta expedir.

(...)

En otras palabras, es preciso medir el alcance del proyecto en cuanto a la generalidad de personas que cubre, de tal manera que se aprecie si conlleva un beneficio económico, concreto y específico, para el parlamentario, y se piense que éste está legislando para su propio beneficio y no para el bien común. Siguiendo a Von Ihering, para quien el derecho debe tender a la realización práctica de determinados fines, se observa que la teoría del conflicto de intereses debe ser interpretada en función de su finalidad, para que tenga una adecuada aplicación práctica.

Lo que buscan las normas constitucionales es fundamentalmente, erradicar la práctica de legislar en su propio favor, lo cual desvía al parlamentario de su carácter de representante del pueblo y lo aleja de los postulados de justicia y bien común que deben caracterizar su desempeño.

La correcta aplicabilidad de la teoría del conflicto de intereses de los congresistas, encuentra justificación en la medida en que el congresista

se inhiba de participar en los debates y votaciones de los proyectos que le reporten un provecho económico, distinto del recibido por la generalidad de los habitantes. Si el congresista persigue una utilidad personal y no el bien común, se aparta del mandato popular y desvirtúa el carácter democrático que tiene la función legislativa, dado el origen de su elección.

(...)

En consecuencia, sería oportuno verificar el eventual beneficio económico del congresista frente a la generalidad del proyecto de ley de que se trate, haciendo la siguiente distinción:

1) Si el proyecto es de beneficio exclusivo, en materia económica, para los congresistas, es evidente que se presenta un interés directo de parte de éstos, que daría lugar a la existencia de un conflicto de intereses.

2) Si el proyecto es de beneficio económico para uno o varios congresistas en razón de encontrarse comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, pero también lo es para las demás personas que se hallan dentro de sus condiciones de aplicabilidad, habría que indagar la causa jurídica de tal beneficio para determinar si se presenta el conflicto de intereses.

(...)

3) Si el proyecto de ley es de beneficio económico para la generalidad de los habitantes del país, es evidente que no se da el conflicto de intereses, por cuanto el eventual interés directo del congresista se hallaría subsumido en el interés colectivo del pueblo, en quien reside la soberanía.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

REELECCIÓN PRESIDENCIAL

Conflicto de intereses de congresistas en reelección presidencial

28 de abril de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1572(1572)

...«El conflicto de intereses. Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

(...)

Las anteriores apreciaciones jurídicas permiten concluir que el conflicto de interés debe originar un beneficio real no uno hipotético o aleatorio. Además, supone que el acto jurídico resultante de la concurrencia de la voluntad de los congresistas, tenga por sí mismo la virtualidad de configurar el provecho de manera autónoma, esto es, que no se requiera de actos, hechos, o desarrollos ulteriores para cristalizar el beneficio personal. En el caso sometido a estudio, la eventual aprobación del Acto Legislativo que consagra

la reelección presidencial, por sí sola no garantiza la participación del actual Presidente -ni de los expresidentes - en el próximo debate electoral, ni su reelección, ni mucho menos la permanencia en los cargos de los parientes de los congresistas que intervengan en los debates y deliberaciones, siendo por tanto evidente para la Sala el carácter aleatorio, eventual y remoto respecto de los intereses que puedan abrigar los Congresistas en la aprobación del Acto Legislativo.»...

*Gustavo E. Aponte Santos, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

AFECTACIÓN DEL QUÓRUM

Conflicto de intereses. Afectación del quórum impide debatir el asunto

15 de abril de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00016-00(1883)

...«Por tanto el Congresista que tenga un interés directo en la decisión debe advertir dicha situación y abstenerse de participar en los debates y votaciones respectivos; además una vez la Corporación le haya aceptado el impedimento debe retirarse del recinto mientras se debate y decide el asunto sobre el cual versa su conflicto de interés, debiendo ser llamado y reintegrarse una vez se pase a un punto o tema diferente del orden del día, puesto que no se produce vacancia de la curul.

Lo expuesto significa que el congresista a quien se le declare impedido por estar incurso en una situación constitutiva de conflicto de intereses, no puede ser reemplazado, sino que con autorización del Presidente de la respectiva Cámara deberá abstenerse de participar en el debate y votación, todo ello sin perjuicio del acatamiento que toda Corporación de origen democrático debe tener respecto de las normas sobre conformación de quorum y mayorías (Artículos 145 y concordante de la Carta).

En este orden de ideas, la Sala considera que si un gran número de congresistas manifiestan tener conflicto de intereses con el asunto que se debate, aunque en principio el principal efecto visible de tal declaración es que la Presidencia de la Corporación que decide el impedimento autorice su excusa y separación del debate y la votación, debe siempre tenerse especial cuidado de que “subsistan” las exigencias mínimas de quorum y mayorías constitucionalmente requeridos de acuerdo con la naturaleza y momento del tema; constatado lo cual, la decisión se adoptará con los congresistas que están habilitados.

En otras palabras, si el número de miembros de la Corporación que se declaran impedidos por tener interés directo en el asunto que es objeto de debate, es tal que resulta imposible ajustar el quorum y las mayorías que se requieren para la decisión, habría que afirmar que la Corporación definitivamente no puede pronunciarse sobre dicho asunto, puesto que cualquiera otra interpretación contraría los principios constitucionales que garantizan los mínimos de pluralidad necesarios para respetar los fundamentos mismos de la representación democrática. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

CONFLICTO DE INTERESES

Concepto y alcance

21 de octubre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00112-00(2042)

...«La institución del conflicto de intereses apunta a conjurar la posibilidad de que los legisladores pretendan, con determinadas disposiciones legales, lucrarse u obtener beneficios, ventajas o privilegios personales, en detrimento de los derechos de la comunidad en general y de las finalidades de bien común o interés general que deben orientar la función legislativa.

Cuando quiera que un proyecto convierta al congresista en un destinatario especial y privilegiado de la ley, relegando a un segundo plano los derechos del común de los ciudadanos, se contraría el principio constitucional fundamental que predica, en el artículo 1° de la Carta, “la primacía del interés general”, se vulnera el principio de generalidad que es propio de los mandatos legales, y se configura para el congresista con certeza un conflicto de intereses.

Por supuesto, no sería razonable ampliar esta regla hasta el extremo de impedir la participación de los congresistas en la aprobación de toda ley que pudiera serles aplicable, dado que los congresistas, en su condición de ciudadanos, son por regla general sujetos plenos de las leyes que ellos mismos aprueban. Entender el conflicto de intereses con tal alcance podría paralizar el funcionamiento de la actividad legislativa, sin beneficio alguno para el interés general ni para la defensa de la moralidad pública en el órgano legislativo.

De otra parte, no puede pasarse por alto que, legítimamente, un congresista podría beneficiarse de una ley en cuya discusión y aprobación intervino, siempre y cuando dicho beneficio resulte de la aplicación de la

ley, en condiciones de igualdad, frente a la generalidad de la sociedad, o a aquellos sectores sociales a los cuales, de manera general y abstracta, se dirige la ley.

(...)

(...) En tratándose de conflicto de intereses, el interés particular cobra relevancia, entonces, no porque el congresista pueda eventualmente beneficiarse de una ley expedida para la generalidad de la sociedad, sino porque dicho proyecto le significa al congresista un beneficio especial, no disponible para los colombianos que en abstracto se encuentren en las hipótesis de la ley, configurándose así una situación de desigualdad que ostensiblemente favorece al legislador.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

D. COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES

CITACIONES A LAS CÁMARAS

Citación a miembros del Banco de la República

8 de noviembre de 1993

Radicación CE-SC-RAD1993-N547 (547)

...«Las comisiones constitucionales permanentes de las Cámaras Legislativas disponen de aptitud constitucional, otorgada por el inciso final del art. 208 y dentro del marco de la institución del control político, para citar a los miembros de dedicación exclusiva del Banco de la República con el fin de que expliquen el contenido y alcance del informe rendido al Congreso por mandato del art. 371 de la Constitución. Las plenarias de las Cámaras no están constitucionalmente autorizadas para citar a los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Conflictos de competencia entre Comisiones Constitucionales permanentes

19 de septiembre de 1995

Radicación 247-GE-SC-EXP1995-N725(725)

...«La misma ley 3a. de 1992 establece que para resolver conflictos de competencia entre las comisiones permanentes, primará el principio de la especialidad y, además, que cuando la materia de la cual trate el proyecto de ley, no esté claramente adscrita a una comisión, el presidente de la respectiva Cámara lo enviará a aquella que, según su criterio, sea competente para conocer de materias afines.»...

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

E. QUÓRUM

QUÓRUM

Falta de quórum en las corporaciones públicas

25 de julio de 1994

Radicación CE-SC-RAD1994-N625 (625)

...«Cuando en el último año del período, el número de miembros de un Concejo Municipal queda reducido de tal forma que hace imposible integrar el quorum o la mayoría suficiente para tomar decisiones, conforme a la Constitución y la ley, no es posible convocar a una nueva elección y, por lo mismo, la corporación no puede funcionar. El Alcalde de un municipio donde el concejo no pueda reunirse por estar desintegrado, carece de competencia para celebrar contratos que no han sido autorizados mediante acuerdo municipal.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

QUÓRUM

Noción y clases

1º de marzo de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00013-00(1809)

...«La voz latina “quorum”, que significa “de los cuales”, se emplea para establecer el requisito mínimo de integrantes de una corporación, en este caso, el Congreso, las cámaras y sus comisiones, encontrándose dentro de estas últimas, las Comisiones Constitucionales Permanentes, que las normas constitucionales y legales exigen para que sesione y tome las decisiones válidamente. El artículo 145 de la Constitución le da al quorum el carácter de requisito de validez de las sesiones y las decisiones del órgano legislativo, estableciendo sus dos clases principales: el deliberatorio y el decisorio.

(...)

Como se aprecia, esta norma [artículo 116 de la Ley 5 de 1993] establece las distintas clases de quorum, que en el evento de una Comisión Constitucional Permanente, con número impar de integrantes, se aplican así:

1) El quorum deliberatorio: Para sesionar y deliberar sobre los temas sometidos a su consideración, se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la Comisión. Si ésta por ejemplo, está integrada por 19 miembros, la cuarta parte es 4,75 aproximando al número entero inmediatamente superior, da como resultado 5. Esto es, con 5 de sus integrantes, esta Comisión puede válidamente sesionar y discutir los temas.

2) El quorum decisorio, el que se requiere para entrar a votar o tomar alguna decisión. Tiene tres modalidades:

a) El ordinario, que se conforma con la mayoría de los miembros de la Comisión. Si ésta es de 19 Congresistas, al hacer la división por dos, da como

resultado 9,5 aproximando al número superior, da 10, el cual constituye la mayoría en dicha Comisión.

b) El calificado, constituido por las dos terceras partes de la Comisión. En el ejemplo, las dos terceras partes de 19, producen como resultado 12,66 aproximando a 13, queda establecido este quorum.

c) El especial, equivalente a las tres cuartas partes de los miembros de la Comisión. Si ésta se compone de 19 Congresistas, por vía de ejemplo, al aplicarle las tres cuartas partes, da 14,25 con la aproximación al número entero superior, queda en 15 esta modalidad de quorum.

¿Por qué se hace la aproximación al número superior? Por cuanto el quorum, como dice la norma, es un número mínimo requerido para deliberar o decidir, y si la cifra resultante presenta decimales, lo lógico es aproximar al número entero inmediatamente superior que comprenda al número inferior con los decimales. Para cumplir con el requisito del quorum es razonable que se aproxime al número superior, ya que si bien se rebasa el número resultante, o se excede de él, ciertamente se está dando cumplimiento a lo establecido por la norma del artículo 116 de la ley 5ª de 1992, ya que el número superior incluye necesariamente al número establecido como requisito, el cual, por aplicación de las matemáticas, arroja como resultado un número con decimales. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

QUÓRUM

Recomposición del quórum en el concejo municipal

2 de octubre de 2014

Radicación: 12001-03-06-000-2014-00137-00 (2218)

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

(...)

La anterior regla, a juicio de la Sala, no es más que la materialización del principio de garantía de la función estatal y de legalidad, antes explicados, así como de los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de eficacia, eficiencia y responsabilidad, que para el caso de la administración municipal se encuentran desarrollados en la Ley 136 de 1994 *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*.

(...)

Por otra parte, los concejales elegidos, posesionados y actuantes en el concejo válidamente constituido que no estén cobijados con la medida de suspensión emitida por el ente disciplinario son depositarios del mandato que sus electores les han confiado, en virtud del cual, tienen el derecho a ocupar la curul durante el período institucional que les corresponde de acuerdo con el acto de elección, cuya validez está consolidada jurídicamente y les exige cumplir con las funciones constitucionalmente asignadas.

(...)

Siguiendo tales reglas y lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta en virtud del cual “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”, el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 136 de 1994 debe inaplicarse, y en consecuencia los tres concejales que actualmente ocupan las curules en el Concejo de Riohacha en virtud de una elección válidamente celebrada y de la recomposición del quorum ordenada por la misma Constitución, tienen un derecho político de carácter fundamental de formar parte de la corporación administrativa durante el período para el cual fueron elegidos, y por lo mismo, conformar las respectivas comisiones, incluso perteneciendo a dos de ellas.

(...)

La regla de recomposición del quorum permite al Concejo municipal de Riohacha deliberar y decidir con los integrantes de la corporación habilitados para ejercer las funciones para las cuales fueron elegidos, incluida la de control político, en los términos explicados en este concepto.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

F. VACANCIAS

VACANCIAS

Vacancia definitiva

23 de noviembre de 1993

Radicación CE-SC-RAD1993-N554 (554)

...«Si un Congresista renuncia a su investidura por escrito, y la Cámara o la Mesa Directiva llama directamente a quien le sigue en lista para que se poseione, por ese hecho no se entiende aceptada la renuncia, porque para ello se requiere de una decisión colegiada y expresa que debe comunicarse al renunciante para que cese en sus funciones. Después de cumplido este procedimiento se debe llamar al siguiente candidato de la lista no elegido para que lo reemplace. Mientras tanto, el Presidente de la Cámara no está autorizado para ejercer dicha atribución. Además la persona que deba reemplazar al renunciante no puede ser llamada formalmente ni posesionarse sino después de que se produzca la vacante definitiva.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

VACANCIAS

Formas de suplirlas

17 de agosto de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00072-00(1762)

...«Este argumento asume que “*existen dos formas de acceder a una corporación pública: la una, es la elección y la otra, es el llamamiento. Este procede, cuando se producen vacancias temporales o absolutas de uno o más de sus miembros (Art.261 de la C.P). El presidente de la Corporación hace el llamado a quien le corresponda ocupar la curul vacante.*” Se tiene entonces que la elección y el llamamiento a suplir la vacancia de un miembro de una corporación pública son dos instituciones diferentes, que aunque generan la misma consecuencia – integrar la corporación pública de que se trate -, obedecen a situaciones distintas y, como tal, son consagradas de forma independiente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Bajo esta perspectiva, el sistema del voto preferente establecido en el artículo 263A de la Constitución Política se aplicaría únicamente a la primera forma indicada de acceder a las corporaciones públicas, es decir la elección, pues es claro que lo dispuesto en dicha norma se refiere al procedimiento a seguir para la asignación de curules, una vez concluidas las votaciones.

(...)

La historia legislativa de la reforma constitucional refuerza este argumento, pues el texto propuesto por el Congreso de la República para modificar la forma de suplir las vacancias de los miembros de las corporaciones públicas establecida en la Constitución, fue suprimido del proyecto por corresponder a la tercera pregunta del Referendo. De esta forma, el Congreso como constituyente derivado se abstuvo de decidir sobre el tema y abrió el camino para que fuera el constituyente primario

quien adoptara la decisión sobre su reforma, que al no ser aprobada, dejó incólumes los artículos 134 y 261 tantas veces citados.

(...)

En esta segunda interpretación primaría entonces la finalidad del voto preferente - la reorganización de la lista por la decisión del elector - y debería tener efectos no sólo para la asignación de las curules, sino para todas las demás situaciones que se desprendan del hecho de pertenecer a una lista, siendo una de ellas, la expectativa de ser llamado a remplazar las vacancias temporales o definitivas de los miembros del congreso y demás corporaciones de elección popular. Se concluiría entonces, que los artículos 134 y 261 de la Carta, habrían sufrido una modificación parcial, pues se deberían entender en el sentido de que cuando un partido político opta por la lista preferente, el orden sucesivo y descendente en que deben ser llamados los inscritos no elegidos para ocupar las vacantes, será el que resulte del reordenamiento y no el de la inscripción.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

G. MOCIÓN DE CENSURA

MOCIÓN DE CENSURA

Ministros

13 de noviembre de 1992

Radicación 140-CE-SC-EXP1992-N481 (481)

...«De manera que, de acuerdo con la Constitución, las cámaras pueden citar a los ministros para tratar asuntos relacionados con sus funciones, y ellos deben comparecer, participar en los debates y absolver el cuestionario escrito el día y hora señalados al efecto. “En caso de que los ministros no concurren, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, ésta podrá proponer moción de censura” (artículo 135. No. 8, de la Constitución). También es función de cada Cámara “proponer la moción de censura respecto de los ministros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo (artículo 135, No. 9 de la Constitución). La moción de censura, según la misma disposición, debe proponerse a lo menos por la décima parte de los miembros de la correspondiente cámara y “la votación se hará entre el tercero y el décimo día siguiente a la terminación del debate, en Congreso pleno, con audiencia de los ministros respectivos.

(...)

La Sala considera que los ministros citados por las Cámaras para los debates especiales originados en la moción de censura como para los ordinarios, sin ninguna excepción deben comparecer y participar en ellos. Como las funciones del ministro delegatario son de dos clases, las atribuidas al ministro y las delegadas por el Presidente de la República, las citaciones que le hagan las Cámaras, los debates y los cuestionarios que se le sometan sólo pueden versar sobre las funciones que le están atribuidas como ministro

y en modo alguno sobre las atribuciones que le delegará el Presidente de la República, quien no puede ser citado por las Cámaras.

(...)

El Ministro Delegatario puede ser citado al Congreso por cualquiera de las Cámaras. Pero las citaciones, los debates y los cuestionarios que se le sometan sólo pueden versar sobre las funciones que ejerce como ministro, no sobre las facultades delegadas por el Presidente de la República.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco.*

II. LEYES

A. PROCEDIMIENTO

PROCEDIMIENTO

Régimen político y municipal

27 de julio de 1916

Radicación 549-CE-SNG-1916-07-27

...«Versa el presente informe sobre el memorial que, con fecha 5 de abril del año en curso, dirigió el señor doctor Rafael A. Orduz al Consejo de Estado, en solicitud de que esta corporación acoja o emita su concepto acerca del proyecto de ley adicional y reformatoria de la Ley 4^a de 1913, «sobre régimen político y municipal,» orgánica del procedimiento administrativo, de que el expresado señor Orduz es autor.

(...)

En parte de la exposición de motivos el que el autor del proyecto fundamenta las reformas que cree conveniente introducir en las leyes sobre régimen político y municipal y procedimiento administrativo, se expresa en los siguientes términos:

«Todos los poderes públicos tienen su organización especial, su reglamentación y procedimiento, menos uno, acaso el principal, el que más relaciones tiene con los asociados, el que tiene en su mano el control de todos los derechos constitucionales: el Ejecutivo, bajo la denominación de ramo administrativo. Es verdad que el Código Político y Municipal reglamenta, a grandes rasgos, el ramo, pero de manera tan deficiente y abstracta, que más bien sirve de burladero o pretexto para sustraerse de resolver o despachar, cuando el funcionario no es muy recto en el cumplimiento

de sus deberes, y verdad es también que la misma ley ha dispuesto que a falta de disposiciones especiales se adopten y apliquen por analogía las del Código Judicial, pero además de que en la generalidad de los casos no son adaptables las disposiciones del Código citado, por la naturaleza y organización del ramo administrativo, tampoco hay sanción ni términos o plazos que obliguen su observancia. De esta suerte tenemos los ciudadanos que lamentar a menudo la falta de una ley de procedimiento que regule las relaciones entre las oficinas y empleados administrativos y los particulares, con perjuicio de sus sagrados derechos y quizá hasta de la moralidad de las mismas oficinas.»

(...)

Varias de las reformas y nuevas disposiciones que contiene el proyecto referido, se encaminan a llenar los vacíos y deficiencias que se notan en dichos ramos, y a dar mayor seguridad y eficacia al procedimiento administrativo, para evitar la anarquía que a este respecto existe en algunas oficinas regidas por los que el autor del proyecto llama funcionarios o empleados del orden administrativo. El señor Orduz ha estudiado con atención las disposiciones de los dos ramos a que se refiere su proyecto y propuesto con inteligencia y acierto las modificaciones expresadas. No obstante, el Consejo no puede discutirlo ni adoptarlo porque la corporación carece de facultad para ello.

(...)

Dígase al señor doctor Rafael A. Orduz que el Consejo de Estado siente no poder dar curso, como lo solicita, al proyecto de ley adicional y reformatoria de la Ley 4ª de 1913, «sobre régimen político y municipal,» y orgánica del procedimiento administrativo, por no estar esa función dentro de sus facultades constitucionales y legales. (...) Pásese el proyecto en referencia al honorable Consejero Segovia, para que, al elaborar el proyecto de ley «sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo,» tenga en cuenta las reformas que sobre esa materia propone el señor doctor Rafael A. Orduz.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lácides Segovia.

PROCEDIMIENTO

Sesiones conjuntas. Quórum

9 de diciembre de 1992

Radicación 183-CE-SC-EXP1992-N482 (482)

...«El artículo 157 de la Constitución Política fija los requisitos y señala el procedimiento que se debe seguir en todo proyecto para que pueda convertirse en ley de la República. El Reglamento del Congreso (Art. 164) desarrolla la manera como en ciertos casos, se puedan adelantar en sesión conjunta y en primer debate las deliberaciones pero ciñéndose al *quorum* estatutario en cada comisión y cumpliendo con su votación separada. Específicamente los casos sobre relaciones internacionales y tributos, tendrán que iniciar su trámite ante el Senado y la Cámara de Representantes respectivamente pero cumpliendo con los debates en las comisiones permanentes de una y otra Cámara y luego en la plenaria tal como se establece en la Constitución.

(...)

En el desarrollo de tales deliberaciones deberá tenerse en cuenta que el quorum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas. Concluido el debate se votará por separado.”

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Roberto Suárez Franco, Humberto Mora Osejo.*

B. CLASES

LEY ORGÁNICA

Naturaleza

6 de septiembre de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1361 (1361)

...«Las leyes orgánicas condicionan, con su normatividad, la actividad legislativa para la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan y, para la Corte Constitucional, también condicionan la actuación administrativa. Las leyes orgánicas ocupan tanto desde el punto de vista material, como del formal, un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia. Por consiguiente, no puede una ley ordinaria derogar una ley orgánica, ni tampoco invadir su órbita de competencia ya que, si ello fuera posible, la actividad legislativa dejaría de estar sujeta a la legislación orgánica. La materia regulada en las leyes orgánicas es la determinada por la Constitución Política (artículo 151). Dichas materias configuran una “reserva legislativa”, esto es, que el legislador sólo puede ocuparse de esas materias mediante “ley orgánica” y no por medio de una ley ordinaria, pues de hacerlo incurrirá en un vicio de falta de competencia y no simplemente de forma.

(...)

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil, las leyes orgánicas participan de las notas comunes de la ley, en sentido general, pero poseen notas propias que las caracterizan como una especie o categoría particular de leyes y también notas individuantes, según la materia específica que cada una de ellas regula.

(...)

De manera descriptiva pueden definirse como “orgánicas” aquellas leyes a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa sobre una materia determinada por la Constitución, para darle estabilidad y coherencia a la misma, por lo cual su aprobación, modificación o derogación requiere la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara.

(...)

Piensa la Sala que el carácter orgánico de una ley, tiene implícita la exigencia de un tratamiento coherente, ordenado, sistemático, que se logra mediante un cuerpo normativo singular y no a través de leyes dispersas»...

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

**PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, LEY DEL PLAN,
LEY ORGÁNICA DEL PLAN DE DESARROLLO**

Concepto

26 de agosto de 1999

Radicación: CE-SC-RAD1999-N1193(1193)

...«1.1.1. Plan Nacional de Desarrollo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Nacional el Plan Nacional de Desarrollo se divide en dos partes: la general, que contendrá propósitos y objetivos a largo plazo, metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno; y el plan de inversiones públicas del orden nacional, en el cual se determinarán los presupuestos plurianuales de los principales proyectos y programas de inversión y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

Si surgen desacuerdos en las cámaras legislativas con el contenido de la parte general, ello no será obstáculo para que el Gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el Gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en la ley orgánica de planeación. El plan de inversiones se expide mediante una ley a la que se denomina ley del plan, cuyas principales características se analizan a continuación.

1.1.2. Ley del Plan

El inciso tercero del artículo 341 superior preceptúa que el Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes, que sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores.

Esta ley describe los objetivos del Estado a mediano y largo plazos, contiene los programas, subprogramas y proyectos que el Gobierno pretende llevar a cabo durante el correspondiente período presidencial. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones en un término de tres meses después de presentado, el Gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

Sobre la naturaleza de la Ley del Plan la Corte Constitucional expresó: es del género de las orgánicas, pero, en estricto sentido, es de una especie superior; por ello es supra orgánica, por cuanto, por mandato constitucional, tiene prelación sobre las demás leyes -incluso las orgánicas-.

1.1.3. Ley Orgánica del Plan de Desarrollo

Según lo dispuesto en el artículo 342 constitucional, la ley orgánica del plan, actualmente ley 152 de 1994, reglamenta todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispone los mecanismos apropiados para su armonización y sujeción a los presupuestos oficiales. Esta ley se aplica a la Nación, las entidades territoriales y los organismos públicos de todo orden.

Respecto de esta ley la Corte Constitucional señaló: Diferente de la ley del plan es la ley orgánica del plan general de desarrollo, a que hacen referencia los arts. 151 y 342 de la Carta Política, incluyéndola entre las de su género, y aclarando que su propósito es la reglamentación del procedimiento de planeación y la sujeción de los presupuestos a los planes, la determinación de las funciones de los Consejos Nacional y Territoriales de planeación que integran el sistema nacional de planeación y la participación ciudadana en la elaboración de los planes. ... La ley orgánica controla y unifica el procedimiento de planeación.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

TEMPORALIDAD DE LAS LEYES

Efectos en el tiempo

14 de marzo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N782(782)

...«El artículo 47 de la mencionada ley dispone que ella deroga, modifica o suspende las disposiciones que le sean contrarias. Esta norma establece tres posibles consecuencias jurídicas en caso de contradicción entre leyes precedentes y la ley del plan. Cada consecuencia es diferente. Por regla general, la nueva ley deroga la antigua en forma expresa, cuando así lo dice; o de manera tácita, cuando sus disposiciones son incompatibles con las de la anterior. Esta última clase de derogación deja vigente en las leyes preexistentes, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la reciente ley. Cuando ésta deja sin efecto una parte de una ley y la reemplaza por otro texto, se dice que hay una “modificación”.

Por su parte, la “suspensión” de disposiciones precedentes que resulten incompatibles con la nueva ley es un fenómeno jurídico que ocurre, conforme a la Carta Política, cuando una ley anterior es incompatible con los decretos legislativos dictados por el gobierno bajo el estado de guerra (art. 212) o el estado de conmoción interior (art. 213); suspensión que rige durante la vigencia de dichos estados de excepción. Ahora, la citada ley 188 de 1995 consigna que las disposiciones que le sean contrarias pueden quedar derogadas, o modificadas, o suspendidas. Los dos primeros efectos son el resultado de la prelación que ella tiene sobre las demás leyes y el tercero sólo es comprensible en relación con las normas cuya oposición no afecta los objetivos de largo plazo y principios que deben orientar la construcción y funcionamiento del modelo de desarrollo consignados en el Plan de Desarrollo y de Inversiones. Por tanto, la suspensión sólo opera respecto de mecanismos de ejecución establecidos en disposiciones precedentes que

sean opuestos a los consignados en ese plan; mecanismos que participan del carácter temporal de la ley que adopta el Plan de Desarrollo y de Inversiones, previsto para un período que coincide con el presidencial (art. 341 C.P.). De otra manera no podría distinguirse entre las normas derogadas tácitamente, las modificadas y las meramente suspendidas.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

III. ASUNTOS ELECTORALES

A. SISTEMA NACIONAL ELECTORAL

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Elección

5 de marzo de 2004

Radicación: CE-SC-RAD2004-N1553 (1553)

...«Lo dispuesto por el Acto Legislativo No 01 de 2003, en relación con las autoridades electorales es, o corresponde, a una modificación integral del Consejo Nacional Electoral como órgano autónomo, independiente encargado de unas precisas funciones, en los términos del artículo 113 de la Constitución Política. Esta modificación implica, entre otros y como surge de su texto, una integración con nueve miembros, número que bajo la norma anterior debía determinar la ley, así como el establecimiento de un nuevo periodo institucional de cuatro años que empezarán a correr en el año 2006 y habrán de culminar en el 2010.

En lo que hace a la competencia para designar dichos miembros, evidentemente se traslada del Consejo de Estado al Congreso de la República, que tal como se dispone en el Parágrafo habrá de ejercerla en los términos establecidos en dicha previsión, para la siguiente elección.»...

*Martha Cediél de Peña (Conjuez), Marcel Silva Romero (Conjuez),
Jorge Suescún Melo (Conjuez), Hernando Yepes Arcila (Conjuez).*

INHABILIDADES

Consejo Nacional Electoral

5 de septiembre de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00094-00(1776)

...«Como se expuso en el punto anterior, el acto legislativo 01 de 2003 entró a regir a partir de su promulgación, salvo lo referente a la elección de quienes conforman el Consejo Nacional Electoral, de manera que la asimilación entre estos funcionarios y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a calidades, deberes, derechos, inhabilidades e incompatibilidades, ha tenido efectos desde ese entonces. (...) Así las cosas, se desprende que el régimen especial de inhabilidades para los miembros del Consejo Nacional Electoral quedó derogado, pues obviamente no se les puede aplicar a éstos, ya que las normas pertinentes son las de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Es tan obvio lo dicho, que aún si se pensare que el Congreso de la República expidiera un nuevo régimen especial para los servidores que conforman el Consejo Nacional Electoral, sería inconstitucional, pues a éstos se les aplica el de los magistrados.

(...)

Los anteriores argumentos cobran especial fuerza si se considera que las inhabilidades son prohibiciones legales para realizar algunas actividades y como tal deben ser expresas y de interpretación restrictiva, de manera que si el régimen actual indica que a los integrantes del Consejo Nacional Electoral se les aplican las inhabilidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentra la razón para sostener válidamente que además de dichas inhabilidades también se les aplican las que consagró de manera especial el Código Electoral.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

INHABILIDADES

Registradores Especiales del Estado Civil

13 de agosto de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00393-00 (2160)

...«[E]l cargo de registrador especial del estado civil corresponde a una categoría especial de registradores municipales. Tales registradores tienen las funciones que les asignan las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias antes citadas, y pertenecen al nivel directivo de la Registraduría, en el ámbito desconcentrado.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, es entonces claro que los registradores especiales del estado civil son empleados públicos, para los efectos de las inhabilidades establecidas en el artículo 179 de la Constitución.

(...)

Ahora bien, al revisar la naturaleza y la ubicación del cargo de registrador especial dentro de la estructura de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como las funciones y atribuciones que la ley, algunos decretos con fuerza de ley y el propio manual de funciones de dicha entidad le asigna, según lo explicado en la parte primera de este concepto, resulta evidente que tales funcionarios ejercen autoridad civil y administrativa.

(...)

Por tales razones la Sala concluye que los registradores especiales están inhabilitados para aspirar a ser elegidos a la Cámara de Representantes por la circunscripción donde se encuentre ubicado el municipio donde cumplen sus funciones, si no se retiran dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

...[C]uando los registradores especiales aspiren a ser elegidos miembros de la Cámara de Representantes, por circunscripción electoral distinta de aquella en la cual cumplen sus funciones, deben retirarse efectivamente de su cargo seis (6) meses antes de la respectiva elección y, en todo caso, antes de realizar cualquier acto o actividad que implique su participación en política, como asistir a reuniones político-partidistas, proponer candidaturas, aceptar su designación en una lista de candidatos, participar en la consulta interna de un partido etc.»...

*Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas,
William Zambrano Cetina.*

FUNCIONES

Registraduría Nacional del Estado Civil y Consejo Nacional Electoral

12 de diciembre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N917(917)

...«La delimitación de funciones entre el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil la establece la Constitución en sus artículos 266 y 267; al primero le corresponde, entre otras, ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral y, a la segunda, dirigir y organizar las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas; además de las señaladas, en su orden, en los artículos 12 y 26 del Código Electoral. Es impropio confundir o asimilar dichas funciones.

La potestad disciplinaria en relación con el Registrador Nacional del Estado Civil corresponde al Procurador General de la Nación como jefe del Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario preferente que ostenta y con sujeción a las disposiciones de la ley 200 de 1995; el Consejo Nacional Electoral, en su condición de nominador, ejecutará la sanción de destitución o suspensión que pueda llegar a imponérsele. No pueden ser compartidas, pero sí vigiladas e inspeccionadas por el Consejo Nacional Electoral las funciones que para el Registrador Nacional del Estado Civil establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas.

(...)

La función de absolver consultas se encuentra directamente asignada por la Constitución al Consejo Nacional Electoral en calidad de cuerpo consultivo del gobierno nacional en materias de su competencia y por el Código Electoral a los delegados del Registrador Nacional y registradores distritales sobre materia electoral y las concernientes a sus funciones. No obstante, para el Registrador del Estado Civil y para los registradores

municipales subsiste el deber de absolver consultas “en relación con las materias a su cargo”, conforme al artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.»...

*María Helena Giraldo, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

VOTO EN BLANCO

Evolución

26 de julio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00075-00 (2294)

...«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...

(...)

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. 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. Dicha ley fue declarada inexecutable

por la Corte Constitucional, básicamente por haber sido tramitada como ley ordinaria, cuando debió ser por ley estatutaria, mediante sentencia C-145 de 1994. Para suplir el vacío que dejó tal 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.

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.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

B. PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Prohibición para los funcionarios públicos de hacer contribuciones

7 de junio de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N513 (513)

...«El artículo 110 de la Constitución prohíbe a los funcionarios públicos hacer contribuciones a los candidatos, partidos o movimientos políticos, o inducir a otros a efectuarlas, con las excepciones que prescriba la ley. El artículo 1º del Decreto - Ley 3074 de 1968, que sustituyó el artículo 10, inciso 2º, del Decreto - Ley 2400 del mismo año, permite hacer descuentos o retenciones de los sueldos o salarios siempre que “medie la autorización libre y escrita del empleado”. El artículo 30, inciso 2º, de la Ley 27 de 1992 reitera la vigencia del mencionado precepto legal que, en cuanto sustituyó el inciso 2º, del artículo 10, del Decreto - Ley 2400 de 1968, es parte integrante de esa disposición. Si los descuentos o retenciones de los sueldos o salarios se realizan mediante “autorización libre y escrita del empleado” y para un fin específico, los habilitados o pagadores deben entregar las sumas retenidas a quienes deban recibirlas. »...

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas (aclaración de voto),
Javier Henao Hidrón (aclaración de voto), Roberto Suárez Franco.*

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLITICOS

Elección para más de una corporación o cargo público

29 de marzo de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1320 (1320)

...« [N]inguna persona que ejerza autoridad en cargo de elección popular o desempeñe funciones en ejercicio de curul en corporación pública, puede ser elegido al Congreso y, en general, a ninguna otra corporación de elección popular, salvo que haya cesado en sus funciones mediante renuncia aceptada, después de transcurrido un tiempo. Lo anterior, para eliminar la posibilidad de utilizar el poder ejercido en uno de los cargos o curul en beneficio de la candidatura para ocupar otro. El régimen de inhabilidad contempla el hecho de que la elección no es asunto del día electoral sino que apareja actividades previas; así mismo, nadie puede ser elegido si ya lo fue por votación popular y se encuentra para el primer evento en ejercicio de cargo o curul, de elección popular; tampoco puede intentar postularse en forma simultánea para más de una corporación, como congresista, diputado o concejal.

(...)

La norma constitucional (art. 179.8) proscribía la elección para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo. Esta es una causal de inelegibilidad o prohibición para el ejercicio de un cargo o investidura que supone previamente el evento de la elección; sin embargo, el transcrito artículo 280, numeral 8° de la ley orgánica establece una excepción en razón de la renuncia, esto es, por el no ejercicio del cargo, salvedad que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-093 de 1994...

(...)

En síntesis, y teniendo en cuenta, tanto el pronunciamiento de la Corte Constitucional como los de la Sección Quinta de lo contencioso administrativo de esta Corporación, y los de la Sala de Consulta, se considera que un diputado elegido el 29 de octubre de 2000 no puede ser elegido congresista en las elecciones de marzo de 2002, porque los períodos de la Asamblea y el Congreso coinciden parcialmente, salvo que presente renuncia motivada y le sea aceptada previamente a la inscripción de su candidatura al Congreso...».

*César Hoyos Salazar, Juan Camilo Osorio,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Equidad e igualdad de género

27 de julio de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2011-00040-00 (2064)

...«La inclusión de una regla concreta en la Ley Estatutaria 1475 de 2011 sobre el porcentaje mínimo de participación femenina en las listas “donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta”, no resulta sorpresiva o ajena a la evolución de las normas constitucionales y legales aplicables a esta materia; la misma se enmarca sin dificultad en el contexto de las diversas reformas adoptadas para garantizar la efectiva participación de la mujer en la conformación del poder político, en cumplimiento de los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Se trata, como advierte la Sentencia C-490 de 2011, de un fin constitucional no sólo válido, sino especialmente relevante en el marco de la igualdad real y efectiva de los derechos de participación política de la mujer.

En suma, la disposición contenida en el aparte final del artículo 28 del proyecto analizado, resulta plenamente ajustada a la Constitución, toda vez que promueve la igualdad sustancial en la participación de las mujeres en la política, estableciendo una medida de carácter remedial, compensador, emancipatorio y corrector a favor de un grupo de personas ubicado en situación sistémica de discriminación; realiza los principios democrático y de equidad de género que rigen la organización de los partidos y movimientos políticos, a la vez que desarrolla los mandatos internacionales y de la Constitución sobre el deber de las autoridades de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública. Se trata además, de una medida que si bien puede limitar algunos de los contenidos de la autonomía de los partidos

y movimientos políticos, persigue una finalidad importante, es adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin, a la vez que resulta proporcional en sentido estricto. Es importante resaltar que esta regla de participación no afecta la autonomía de los partidos, quienes, como ya se señaló, venían obligados desde el Acto Legislativo 1 de 2009 a adoptar principios de equidad de género en sus estatutos, los cuales ahora se reflejan en una participación concreta de la mujer en las listas de candidatos a corporaciones públicas.

(...)

En consecuencia, si como ya se señaló, la vigencia de la ley estatutaria analizada no está sujeta a ningún condicionamiento (art.55) y las reglas de transición normativa indican que “las leyes que ... restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato” (artículo 18 de la ley 153 de 1887) no se veía por la Sala ninguna razón constitucional de mayor peso para preferir una interpretación que exceptuara el presente debate electoral del porcentaje mínimo de participación femenina establecido por el legislador, el cual, como se dijo, responde a unos fines de especial relevancia constitucional.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.*

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Personería Jurídica. Protección a partidos políticos que han sido objeto de graves violaciones de derechos humanos

1 de abril de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00044-00 (2202)

...«Se acepta entonces que aún en relación con la regla constitucional del umbral electoral, pueden existir casos especiales que merecen ser confrontados *con otros principios y valores constitucionales* en juego como la pluralidad, el derecho a una participación efectiva, la igualdad y la protección reforzada de los derechos fundamentales de quienes han sido alejados de la contienda electoral por medios violentos y no democráticos; y también se advierte sobre la aplicación de principios generales del derecho como el que se refiere a la fuerza mayor y a que *nadie está obligado a lo imposible*.

(...)

Según se ha expuesto, el organismo consultante señala que la Unión Patriótica (i) se encuentra reconocida como víctima del conflicto armado de acuerdo con la ley 1448 de 2011; (ii) participa de un proceso de diálogo con el Estado para una eventual reparación integral de los daños que le han sido causados; (iii) aún se encuentra en un estado de debilidad manifiesta derivado de los constantes años de persecución y exterminio que sufrieron sus dirigentes y partidarios; (iv) estuvo en imposibilidad de ejercer sus derechos políticos desde el 2002 hasta el 2013 debido a la cancelación de su personería jurídica por la autoridad electoral, decisión ésta que fue anulada por el Consejo de Estado al considerarse contraria al ordenamiento jurídico; y (v) solamente hasta el 24 de septiembre de 2013 le fueron reconocidas nuevamente sus directivas por el Consejo Nacional Electoral, por lo que antes de ello no estuvo realmente en posibilidad de prepararse para las elecciones parlamentarias del 9 de marzo de 2014.

(...)

Eso lleva a la Sala a volver sobre el problema jurídico de fondo que plantea la consulta: ¿es posible jurídicamente aplicar a la Unión Patriótica, en la elecciones parlamentarias del 2014, el umbral electoral establecido en el artículo 108 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009? Para esta Corporación la respuesta es negativa. La Sala comparte en este punto lo señalado por el organismo consultante, en el sentido que la grave y prolongada afectación de los derechos de participación de la Unión Patriótica no se supera instantáneamente con la devolución de su personería jurídica y sin un mínimo periodo de transición que le permita volver al ejercicio pleno de sus derechos políticos. Por tanto, resultaría contrario a la Constitución y al contenido material de la sentencia del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013, enfrentar a dicho partido a la exigencia de superar el umbral electoral cuando en la última década no ha podido ejercer sus derechos de participación por cuenta de un acto administrativo anulado por su contraposición con el ordenamiento jurídico.

Así, si bien existe una regla constitucional que exige superar el umbral electoral como requisito para que los partidos o movimientos políticos mantengan la personería jurídica (artículo 108 C.P), también debe tenerse en cuenta la existencia de un precedente judicial claro del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, según el cual el umbral electoral (i) no puede aplicarse de manera aislada y en contravía de otros principios y valores constitucionales y (ii) exige una interpretación especial cuando existen situaciones excepcionales y ajenas a la voluntad de un partido político que le han impedido ejercer sus derechos de participación en condiciones de igualdad con los demás participantes del debate electoral (sentencia del 4 de julio de 2013).

(...)

En este sentido debe insistirse en la obligación de las autoridades de hacer una interpretación armónica de la Constitución que permita “*el máximo nivel de eficacia y efectividad*” de todas sus normas. En consecuencia, no es procedente una interpretación aislada del artículo 108 de la Constitución, en la cual no se tengan en cuenta otros componentes del régimen constitucional de los partidos y movimientos políticos, en particular los relativos al ejercicio de los derechos de participación como presupuesto necesario de un sistema participativo y pluralista.

(...)

Por lo expuesto, la Sala considera que la sentencia del Consejo de Estado del 4 de julio de 2013 pone a la Unión Patriótica en un proceso de transición hacia el restablecimiento de sus derechos políticos; para que ello sea posible, dicho partido debe tener un periodo razonable de transición que le permita enfrentarse al umbral electoral en condiciones de igualdad con los demás partidos y movimientos políticos. En consecuencia, la Sala considera que a la Unión Patriótica debe mantener su personería jurídica hasta las próximas elecciones parlamentarias del 2018, con el fin de que pueda ejercer a plenitud sus derechos de participación y enfrentarse en ese momento, en condiciones de igualdad, a las exigencias derivadas del artículo 108 de la Constitución.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Expulsión del partido político

10 de septiembre de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00246-00 (2231)

...«Descartada entonces la posibilidad de que los congresistas, disputados o concejales expulsados de su partido político o movimiento político se vinculen a otro para terminar su periodo, surge una segunda cuestión: la posibilidad de que tales funcionarios conserven su investidura y la ejerzan de manera independiente y autónoma, esto es, sin vinculación a ninguna colectividad. (...)

Se ratifica entonces que la facultad de postulación a las corporaciones de elección popular no es de cada aspirante individualmente considerado, sino de los *partidos y movimientos políticos* y de los *grupos significativos de ciudadanos*, estos últimos a través de un comité que deberá registrarse ante la autoridad electoral. Tal sistema de elección, en términos de la jurisprudencia constitucional, busca priorizar la función de los partidos y movimientos políticos por sobre el individualismo electoral... (...)

Así, la obtención de una curul en una corporación pública de elección popular, si bien incorpora la voluntad y esfuerzo personal del candidato, comporta también el trabajo colectivo del partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos al que pertenece, así como el uso y aprovechamiento de su imagen, plataforma ideológica y organización. Además, es a través de los partidos y movimientos políticos que se recibe la financiación estatal de las campañas (artículo 109 C.P.) y se accede a los medios de comunicación (artículo 111 C.P.). (...)

De manera que, en síntesis, a partir del momento en que un candidato obtiene el aval de un partido o movimiento político surge una relación especial entre ambos, en la que los primeros asumen el deber de apoyar a los

segundos en el debate electoral y los segundos la obligación de representar a los primeros, conforme al régimen de pertenencia y fidelidad que los cobija. (...)

En consecuencia, si bien el voto en las corporaciones de elección popular es ejercido por cada uno de sus miembros de manera individual, debe responder, salvo los asuntos de conciencia, a las decisiones internas adoptadas previamente por las respectivas bancadas. Dicho de otro modo, las decisiones de las corporaciones públicas de elección popular son el resultado de la suma de la voluntad de las bancadas expresada a través de cada uno de sus miembros y no simplemente la suma de las voluntades individuales de cada uno de ellos. (...)

Por tanto, no parece compatible con el régimen de bancadas y de funcionamiento de las corporaciones públicas de elección popular que existan congresistas, diputados o concejales sin afiliación a un partido o movimiento político y con la pretensión de actuar de manera individual y en representación de sus propios intereses particulares. (...)

En esa medida, la Sala considera que mientras que la Constitución Política o por lo menos el legislador estatutario no señalen expresamente que la expulsión del partido o movimiento político conlleva la pérdida de la curul, no es posible aplicar esa consecuencia solo por vía interpretativa, pues aún bajo la consideración de que las curules pertenecen a los partidos y no a los candidatos y de que lo contrario desnaturaliza el régimen de bancadas, no puede perderse de vista que en cualquier caso está de por medio el derecho fundamental a elegir y ser elegido y la voluntad de quienes con su voto permitieron la elección del respectivo congresista, diputado o concejal. (...)

Se reitera que en todo caso la sanción de expulsión del partido o movimiento político no es inane por cuanto el congresista, diputado o concejal expulsado de su partido o movimiento político pierde la mayor parte de sus posibilidades de participación dentro de la corporación, queda impedido para formar bancada y ejercer los derechos que esa condición le otorga, y deja de recibir los beneficios derivados de su pertenencia a un partido o movimiento político.»...

*Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

C. CAMPAÑAS ELECTORALES

CAMPAÑAS ELECTORALES

Reglas para su financiación. Cuociente electoral y cifra repartidora

7 de abril de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00015-00(1811)

...«Así las cosas, la Sala retoma el estudio del artículo 13 de la ley 130 de 1994, como quiera que es la norma estatutaria que se ocupa de la materia conforme al artículo 152 letra c) de la Constitución que reserva a esta clase de leyes la regulación de la *organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales*, como lo ha precisado la jurisprudencia, tanto de esta Corporación como de la Corte Constitucional.

El artículo 13 establece que no hay lugar a la reposición de los gastos, “*cuando su lista hubiere obtenido menos de la tercera parte de los votos depositados por la lista que haya alcanzado curul con el menor residuo*”, norma dictada de acuerdo con el sistema de cuociente electoral anterior al Acto Legislativo No 01 de 2003 y que si bien se conserva con posterioridad a esa reforma, como en el caso de las circunscripciones donde se elijan dos (2) curules, ha dejado de ser el sistema general, pues en ella se introdujo el método de la cifra repartidora, en el que ya no se asignan las curules por la aplicación del cuociente para las mayores votaciones y por residuo para las menores.

Conforme al respectivo precepto constitucional (A. L. No 1/ 2003, arts. 12 y 13 que modificó el artículo 263 y adicionó el 263A de la C. P.), la cifra repartidora surge de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos de cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al de curules por proveer. El resultado menor se llama cifra repartidora, de manera que cada

lista obtiene tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

(...)

En otros términos, una votación que en el sistema de cuociente electoral permitiría la obtención de curul por residuo, en el nuevo método de cifra repartidora, como consecuencia de estar sometida, por una parte, al umbral requerido para participar en la distribución de escaños, y por otra, al exigir igual número de votos para cada curul, podría no resultar suficiente para obtener representación.

Si bien el aspecto al que se contrae la consulta no versa, en rigor, sobre la asignación de escaños, necesariamente debe determinarse el alcance del artículo 13 de la ley 130 dentro del contexto del nuevo régimen político electoral de distribución de curules por el sistema de cifra repartidora, en circunscripciones donde se eligen más de dos escaños.

Así las cosas, la Sala encuentra que el querer del legislador plasmado en la ley estatutaria fue el de otorgar la financiación a las listas que al menos lograran la tercera parte del menor residuo que haya obtenido curul, criterio que si bien no cubre todas las listas, sí conlleva un reconocimiento a algunos partidos o grupos minoritarios que no obtuvieron curul alguna. A juicio de la Sala, este criterio definido por el legislador en uso de su potestad de configuración legislativa es el elemento esencial para interpretar el inciso bajo estudio. En este orden de ideas, es claro que la aplicación del mencionado criterio a aquellas elecciones que se rigen por la cifra repartidora es válido para absolver la consulta, pues, como se vio atrás, la cifra repartidora es el número mínimo con que se puede conseguir una curul, como ocurre también con el menor residuo.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

CAMPAÑAS ELECTORALES

Circunscripciones especiales de minorías étnicas

18 de abril de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00051-00 (2141)

...«Una interpretación sistemática de la prohibición contenida en el inciso 2o. del artículo 28 de la ley 1475 de 2011, indica que el legislador se orientó a impedir que partidos o movimientos políticos con personería jurídica que no representaban los intereses de las minorías étnicas, resultaran postulando a su nombre candidatos para el Congreso, afectando de esta manera el derecho fundamental de las comunidades étnicas a elegir a aquellas personas con las cuales se puedan sentir identificadas.

(...)

Situación distinta es la de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que hubieren obtenido personería jurídica con ocasión de haber logrado representación en el Congreso por la circunscripción para minorías étnicas. Puesto que el haber logrado representación en el Congreso por esa circunscripción es la circunstancia que legitima a dichas agrupaciones políticas como voceros de las minorías étnicas y las habilita para inscribir candidatos en representación suya, mal podría ser, a la vez, condición que les impide inscribir candidatos para las elecciones en la respectiva circunscripción. La norma sería lógicamente contradictoria, y atentaría evidentemente contra los derechos constitucionales de representación y participación democrática de las minorías étnicas.

(...)

Concluye la Sala que la prohibición contenida en el inciso 2o. del artículo 28 de la ley 1475 de 2011 está dirigida única y exclusivamente a aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería

jurídica por la circunscripción ordinaria, quienes en todo caso conservan la facultad de inscribir candidatos por la circunscripción internacional o por la circunscripción de minorías políticas, cuando la ley así lo establezca.

(...)

Sobre este particular es importante señalar que las restricciones a los derechos políticos deben estar expresamente previstas en la ley, no ser discriminatorias y basarse en criterios razonables, de tal manera que atiendan a un propósito necesario, idóneo y útil para satisfacer un fin constitucionalmente imperativo.

(...)

Por consiguiente, la Sala concluye que los partidos o movimientos políticos de las minorías étnicas con personería jurídica pueden presentar candidatos de manera simultánea por la circunscripción especial de minorías étnicas y por la circunscripción ordinaria, no solo por cuanto no existe una norma que lo prohíba, sino también porque resultaría discriminatorio para los partidos que representan los intereses de estas comunidades, sin que exista un fin constitucional que así lo justifique.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Augusto Hernández Becerra,
William Zambrano Cetina.*

CAMPAÑAS ELECTORALES

Restricciones por reelección inmediata del Presidente de la República

3 de diciembre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00534-00 (2191 y 2191 adición)

...«De acuerdo con la Corte Constitucional en la sentencia C- 1153 de 2005, el Presidente de la República queda sometido a las limitaciones, restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38 y 40 de la ley 996 de 2005 desde el momento en que hace pública su intención de participar en la contienda electoral, esto es, seis meses antes de las elecciones en primera vuelta. Por consiguiente:

a. No podrá contratar, alquilar, producir y/o dirigir programas de género periodístico en medios de comunicación social (artículo 26).

b. No podrá utilizar los canales institucionales para transmitir actos de gobierno o adelantar su campaña política (artículo 27). Esta restricción no implica que los demás medios de comunicación privados no puedan cubrir las actividades de gobierno del Presidente de la República. Tampoco limita al Presidente, a partir de la fecha en que comience la campaña electoral, como a cualquier candidato a difundir sus proyectos de campaña cuando los medios de comunicación le pregunten acerca de los mismos.

(...)

c. No podrá asistir a actos de inauguración de obras públicas o participar de eventos donde se dé inicio a programas de carácter social. No se impide al presidente en ejercicio continuar con el normal desenvolvimiento de la gestión gubernamental y realizar o planear proyectos de infraestructura como parte del giro ordinario de sus funciones.

d. No podrá entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de

donaciones de terceros al Gobierno Nacional. Sin embargo, la prohibición no se extiende a todos los funcionarios que puedan entregar recursos o bienes estatales de acuerdo con los programas y proyectos del plan de gobierno.

e. No podrá referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno.

f. No podrá utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno

g. No podrá utilizar bienes del Estado, diferentes a aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial.

h. El Presidente de la República deberá suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal durante los seis (6) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

(...)

i. Al Presidente de la República le *queda prohibida la contratación directa durante los seis (6) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, salvo que se trate de asuntos referidos a la defensa y seguridad del Estado; los contratos de crédito público; los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.*»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Augusto Hernández Becerra,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina*

D. GARANTÍAS ELECTORALES

GARANTÍAS ELECTORALES

No impide el cumplimiento de fallos judiciales

15 de noviembre de 2007

Radicación: 1001-03-06-000-2007-00092-00 (1863)

...«En el caso concreto, considera la Sala que los servidores públicos del nivel nacional o territorial que en cumplimiento de una sentencia judicial o de una providencia proferida en una acción popular o de tutela, deban contratar, ejecutar obras, efectuar gastos e incluso hacer algún reintegro de personal durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para cargos de elección popular general o de Presidente, según el caso, no violan la ley de garantías electorales, por las razones de orden constitucional y legal que se explican a continuación.

Con fundamento en la autonomía del poder judicial derivada de la separación de poderes y del derecho al acceso a la administración de justicia que tienen todos los ciudadanos, las decisiones de los jueces, como ya se expuso en el acápite anterior, son de obligatorio cumplimiento para la administración y los particulares en los términos y condiciones previstos en cada providencia.

Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas per se de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (artículo 230 C.P.), de manera que sus fallos no son fruto de las presiones propias de épocas

de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005.

Por tanto, el derecho de acceso y de obtener una pronta y cumplida administración de justicia, que se concreta cuando se cumple lo ordenado en las respectivas sentencias, hacen que no sea necesario que el legislador hubiese incluido el cumplimiento de fallos judiciales como parte de las excepciones a los regímenes prohibitivos contenido en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38, todos ellos de la ley 996 de 2005, ya que la fuerza vinculante de la sentencias emana directamente de la estructura del Estado y de la autonomía conferida al poder judicial.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo.*

GARANTÍAS ELECTORALES

Restricciones y limitaciones respecto del Presidente y Vicepresidente de la República

24 de julio de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00407-00 (2166)

...«En este orden de ideas, se concluye que el condicionamiento que se hace en la parte motiva y resolutive de la decisión de la Corte deja intacto y por tanto vigente el término de los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la correspondiente elección, con el fin de que inicie la aplicación de las normas de la ley 996 de 2005, que establecen restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal, contratación pública y otras prohibiciones, a los demás órganos o entidades del Estado del nivel nacional y territorial.

(...)

Por lo tanto, reitera la Sala que, teniendo en cuenta la interpretación que la misma Corte Constitucional hizo sobre el condicionamiento de los seis meses anteriores a la fecha de la votación en primera vuelta, no hay lugar a entender un alcance distinto a que dicho plazo únicamente es aplicable al Presidente y Vicepresidente en el evento en que aspiren a la reelección inmediata o a la elección presidencial, según el caso, para hacer efectivas las restricciones o prohibiciones que establecen los artículos 30, 32, 33 y 38 párrafo de la ley 996 de 2005, y no a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial.

(...)

Por tales motivos, no es posible extender el plazo de los seis meses anteriores a la correspondiente elección presidencial de acuerdo con el condicionamiento que la Corte realizó para el Presidente o Vicepresidente en ejercicio que decidan participar en elecciones presidenciales, porque

sería anticipar la aplicación de normas de carácter prohibitivo a los demás entes del Estado, cuando se repite, en esta materia, en sana hermenéutica, rige el principio de interpretación y aplicación restrictiva.»...

*Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas,
William Zambrano Cetina.*

FUNCIÓN PÚBLICA,
DERECHO LABORAL COLECTIVO
Y RÉGIMEN PRESTACIONAL
Y DE SEGURIDAD SOCIAL

I. FUNCIÓN PÚBLICA

A. CARRERA ADMINISTRATIVA

CARRERA ADMINISTRATIVA

Supresión de cargo de empleados escalafonados

21 de octubre de 1942

Radicación: CE-SP-EXP1942-N1021

...«El señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, en su oficio número 27587, de 28 de septiembre próximo pasado, ha formulado a esta corporación las siguientes consultas:

“1° Estando vigente la Ley 165 de 1938 y los decretos que la reglamentan, ¿puede el Gobierno suprimir empleos que estén desempeñados por funcionarios inscritos en la carrera administrativa?”

“2° Si una oficina del Ministerio está servida por dos o más empleados inscritos en la carrera administrativa, y el Gobierno considera que dicha oficina o dependencia puede ser suprimida sin perjuicio para el servicio público y con beneficio para el plan de economías fiscales, ¿puede suprimir la oficina o dependencia y los empleos correspondientes o los funcionarios que la sirven?”

(...)

Si el Gobierno, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 165 de 1938 y en los Decretos que la reglamentan, ha decidido admitir a un servidor público en el escalafón administrativo, ha debido formarse concepto previo acerca de las siguientes condiciones: a) Estabilidad del servicio, como que éste responde a una necesidad permanente de la Administración,

según lo dispone el artículo 1º del Decreto 1573 de 1940; b) Capacidad del empleado llamado a desempeñar ese servicio, demostrada no sólo por sus conocimientos teóricos, sino por su práctica durante el período de prueba a que está sujeto todo aspirante a hacer parte del escalafón de la carrera administrativa; c) Lealtad al espíritu de la Constitución y de las leyes de la República, honorabilidad y buena fama en su comportamiento social.

Si el Gobierno certificó que los requisitos básicos para incorporar en el escalafón de la carrera administrativa a un empleado se habían llenado, aceptó por el hecho de la inscripción en ese escalafón, las consiguientes obligaciones para con el empleado. Tal situación no puede romperse sino en virtud de las mismas causas previstas por la ley. La Ley no contempla el caso de que se haga imprescindible la supresión de los cargos que desempeñan los empleados incorporados en la carrera administrativa. La Constitución, en cambio, en su artículo 69 estatuye que corresponde al Congreso hacer las leyes y que, por medio de ellas (subraya el Consejo) ejerce las siguientes atribuciones: “6ª Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones”. Así, pues, si es por medio de leyes como se crean los empleos públicos, no pueden éstos suprimirse sino por el mismo medio; porque sería contrario a la lógica jurídica que lo que ha hecho la ley lo derogue o modifique un decreto o cualquier otro acto gubernativo que no emane del Órgano Legislativo, o del Ejecutivo debidamente facultado para ello.»...

Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Irregularidades durante proceso de selección

29 de agosto de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N840(840)

...«2.1 Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil, al comprobar que hubo irregularidades durante la ejecución de un proceso de selección, lo declara sin efectos, las consecuencias jurídicas en los casos consultados son:

2.1.1 Si una persona está nombrada en período de prueba, dicho nombramiento queda comprendido dentro de esa manifestación y pierde su vigencia. No se requiere el consentimiento del empleado para que la decisión produzca sus consecuencias.

2.1.2 Si la persona nombrada adquirió los derechos inherentes a la carrera administrativa por haber superado el período de prueba y obtenido calificación satisfactoria, la declaración de la Comisión Nacional del Servicio Civil no lo afecta, porque ésta sólo puede anular lo que corresponde al proceso de selección, el cual termina con el período de prueba.

2.2 La Comisión Nacional del Servicio Civil no podrá ordenar la revocatoria directa del acto administrativo en firme que decretó una inscripción ordinaria o extraordinaria en la carrera administrativa de un empleado que no reúne los requisitos legales. En este caso, lo procedente es que el nominador, de oficio o a petición de la Comisión, demande dicho acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del respectivo empleado para revocarlo.

2.3 La revocatoria de que trata el literal b) del artículo 14 de la ley 27 de 1992 no es independiente de la revocatoria directa consagrada en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. La revocatoria, por ser materia de ley, no puede ser reglamentada por la Comisión de Servicio Civil.

2.4 Los administrados, para impugnar los actos de la Comisión del Servicio Civil, tanto nacional como seccionales, y éstas para resolver los correspondientes recursos aplicarán los procedimientos especiales contenidos en las normas legales que regulan la carrera administrativa; en lo no previsto en éstas, aplicarán la primera parte del Código Contencioso Administrativo, en cuanto fuere compatible.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

CONCURSO DE MÉRITOS

Participación de ciudadanos extranjeros

4 de mayo de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00039-00(1739)

...«Aunque el artículo 28 de la ley [909 de 2004], al enunciar los principios que orientan el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, reserva esa posibilidad para los ciudadanos, creando un trato deferente con respecto a los extranjeros residentes, la norma instrumental contenida en el artículo 29 de la misma ley, al conceder la posibilidad de participar y acceder a todas las personas que reúnan los requisitos para el desempeño del cargo, concuerda en un todo con las normas contenidas en los convenios internacionales y en el decreto 4000 de 2.004 que garantizan el trabajo migratorio, en especial de los extranjeros con visa de residente.

De acuerdo con lo establecido en el presente concepto, para determinar los alcances diferenciadores de los artículos 28 y 29 de la ley 909 de 2004, es necesario retomar los conceptos analizados e implementados a través de una lectura sistemática y concordada de los artículos 40 y 99 de la Constitución Política, para concluir que de acuerdo con el mensaje constitucional, ha de entenderse que el legislador quiso de alguna manera reflejar la diferencia entre el concepto dinámico de función pública y el concepto netamente laboral del cargo público, con el fin de reservar a los ciudadanos nacionales (por nacimiento o por adopción según las distintas previsiones normativas) el ejercicio de empleos que en sentido técnico administrativo supongan el ejercicio de función pública en cuanto significan el desempeño de jurisdicción o autoridad civil, dando la posibilidad, para que de acuerdo con las calidades que la ley o reglamento exijan para los demás cargos públicos, éstos puedan ser desempeñados por nacionales o extranjeros, en desarrollo del principio de igualdad constitucional y el respeto al derecho fundamental de toda persona al trabajo.

(...)

Aunque en principio el ejercicio de funciones y cargos públicos se reserva a los nacionales colombianos, cuando por Constitución o ley no se exija la calidad de nacional colombiano para ocupar un determinado cargo público, las personas extranjeras residentes en Colombia que no han adquirido la nacionalidad colombiana pueden participar en los concursos para acceder a los cargos públicos clasificados como de carrera y adquirir los derechos sobre ésta.»...

Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos, Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.

CONCURSO DE MÉRITOS

Carrera administrativa

10 de diciembre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00387-00 (2158)

...«Según ha señalado la Sala, la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida en que surte un efecto inmediato y directo de naturaleza subjetiva respecto de cada uno de los destinatarios, y crea derechos singulares respecto de cada una las personas que conforman la lista. Una vez conformada la lista de elegibles, las personas allí señaladas que ocupan el primer lugar tienen el derecho adquirido a ser nombradas en el cargo correspondiente, materializándose así el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos públicos.

(...)

La jurisprudencia constitucional transcrita es plenamente aplicable al caso consultado y, por consiguiente, los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en los cargos correspondientes. Si alguno de dichos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo.»...

*William Zambrano Cetina –con impedimento–, Germán Alberto Bula Escobar,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas.*

CONCURSO DE MÉRITOS

Diferencias y similitudes con las convocatorias públicas.

10 de noviembre de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00182-00 (2274)

...«Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la “lista de elegibles”, aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la *convocatoria pública* de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos.

En consecuencia debe advertirse, como se evidencia también en los apartes del debate legislativo anteriormente transcritos, que el concepto de “convocatoria pública” pese a no ser equivalente al de “*concurso público de méritos*”, sí tiene elementos importantes de similitud con este último al compartir la misma razón jurídica: asegurar mediante un procedimiento reglado la mayor participación posible de interesados, la evaluación de sus méritos y la selección de los mejores candidatos a cada cargo...

(...)

Por tanto, es claro que “la *convocatoria pública*” no implica absoluta discrecionalidad o liberalidad del órgano elector, pues en cualquier caso ese procedimiento queda sujeto, conforme al artículo 126 de la Constitución Política, a la regulación legal y a los principios de mérito, equidad de género, publicidad, participación, y transparencia, los cuales, en el caso de los

contralores territoriales, se reiteran en el artículo 272 *ibídem*, en el que se incluye además el principio de objetividad.

En síntesis, puede decirse que los principios, métodos y procedimientos de los concursos públicos de méritos son compatibles con el concepto de “convocatoria pública” de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, salvo por el hecho de que en la etapa final del proceso no existe un orden específico dentro de la lista de elegibles.

(...)

Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad.

Por tanto, frente al interrogante planteado por el organismo consultante, la Sala considera que en la elección de contralores territoriales a cargo de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014, sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, que regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de un funcionario de control territorial por parte de una corporación pública local. En esa normatividad se aplican los principios que exigen los artículos 126 y 267 de la Constitución Política (solo habría que agregar en las convocatorias un criterio de equidad de género), por lo que se cumplirían a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

Debe advertirse además que el acto de apertura de la convocatoria será obligatorio (por asimilación al que abre los concursos públicos de méritos) y que durante todo el procedimiento de selección se deberá dar cumplimiento también a los principios que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 209 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina.*

CONCURSO DE MÉRITOS

Carácter imperativo de las reglas de provisión de empleos

19 de agosto de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00128-00(2307)

...«Es importante reiterar entonces para efectos de esta consulta, que la regla de provisión de empleos de carrera mediante concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política es imperativa para todas las entidades estatales y que solo la Constitución y la ley pueden establecer excepciones a ella. Por tal razón, su uso no es potestativo sino obligatorio para las entidades estatales y, por lo mismo, resultan contrarias a la Constitución las prácticas o interpretaciones que permitan eludir su aplicación o faciliten su aplazamiento indefinido. Por tanto, para dar cumplimiento a los deberes que se derivan del principio de legalidad presupuestal, cada entidad tiene el deber de iniciar con suficiente antelación las labores de planeación con la CNSC para la realización del concurso público de méritos, así como las tareas internas de apropiación presupuestal, de manera que se garantice la realización oportuna del concurso público de méritos y la provisión de los cargos de carrera administrativa en la forma indicada en la Constitución y la Ley.

Esto comporta entonces, a la luz del Estatuto Orgánico de Presupuesto, un verdadero y expreso deber de inclusión de las partidas presupuestales que permitan atender los concursos públicos de méritos, el cual opera frente a los anteproyectos de presupuesto preparados por cada entidad, así como en relación con el proyecto de presupuesto que consolida el Gobierno Nacional y aprueba el Congreso de la República, a quienes también se extienden las obligaciones derivadas del artículo 125 de la Constitución Política.

Por tanto, el margen de apreciación para decidir qué gastos de los anteproyectos de las entidades serán incluidos en el proyecto de presupuesto que se someterá a aprobación del Congreso de la República (artículo 74 del

Estatuto Orgánico de Presupuesto), se encuentra fuertemente restringido en el caso consultado, por el carácter imperativo de las reglas de provisión de empleos contenidas en el artículo 125 de la Constitución Política. En consecuencia, salvo una razón realmente imperiosa de atención inaplazable de otros gastos constitucionalmente necesarios, ni el Gobierno Nacional ni el Congreso de la República podrán eliminar del proyecto de presupuesto los recursos requeridos por las entidades y la CNSC para la realización de los concursos públicos de méritos. Por el contrario, estarán obligados a priorizarlos. Al respecto, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 17 de la Ley 909 de 2004 que obliga a las entidades a realizar planes anuales de provisión de cargos, los cuales deberán contener, entre otros aspectos, las formas de cubrir las vacantes, sus costos y las medidas de ingreso.

(...)

Con base en esta información corresponde a su vez al Departamento Administrativo de la Función Pública la elaboración de un plan anual de empleos vacantes, del cual se deberá dar traslado a la Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 14-d). En consecuencia, la Sala debe poner de presente que las entidades no pueden, so pretexto de la falta de recursos o de planeación adecuada, convertir el uso del concurso público de méritos en una potestad discrecional y mucho menos volver permanente la provisionalidad y libre disposición de los cargos de carrera administrativa.»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas, Édgar González
López, Álvaro Namén Vargas.*

ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

Insuficiencia de los títulos “honoris causa” para probar requisitos

23 de septiembre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00100-00(2036)

...«8. Por tanto, cuando las normas de la función pública exigen un título profesional, están haciendo referencia a aquél que, conforme a la Ley 30 de 1992, cumple esas condiciones de acreditar la culminación de un programa académico profesional y, por ende, la adquisición de un saber determinado habilitante para ejercer una determinada profesión.

Los títulos *honoris causa* no tienen esas características. Se han desarrollado al amparo de la autonomía universitaria pero con fines diferentes a los señalados en la ley. Como su nombre lo indica no tienen su causa en la adquisición de un saber a la culminación de un programa académico y previa la superación de las pruebas exigidas para cada caso, sino en un “honor” que se hace a determinadas personas por diversas razones como el agradecimiento, el reconocimiento de sus valores, los aportes hechos a la sociedad, sus vínculos con la institución educativa, etc. [...] Su valor, por tanto, no llega a ser sustitutivo o equivalente de aquéllos que se otorgan de conformidad con el artículo 24 de dicha ley, los cuales, según se explicó anteriormente, son los exigidos para el acceso a determinados cargos de la Administración Pública.»...

Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo, Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.

FUNCIÓN PÚBLICA

El mérito como fundamento de la carrera administrativa

16 de febrero de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00092-00 (2029)

...«Tal como lo sostuvo la Sala en el concepto 1976 de febrero 4 de 2010, reiterando lo que en su momento se dijo en el concepto 1658 del 31 de agosto de 2005, el artículo 125 de la Constitución Política (C.P.) establece como principio general que los empleos en las entidades y órganos del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, de donde se sigue que el ingreso a los cargos de carrera debe fundarse en el mérito y las calidades de los aspirantes a los mismos a través de un concurso público. La norma constitucional exceptúa de lo anterior, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El mérito, como fundamento de los aludidos concursos, es el reflejo de superiores valores y principios constitucionales como son la justicia, la igualdad (que también es un principio y un derecho) y la participación, así como el respeto a la dignidad humana y el trabajo, respectivamente (Preámbulo y artículo 1 de la C.P.). Tales valores y principios se concretan normativamente, no sólo en el citado artículo 125, sino en los artículos 40, numeral 7 y 209 de la C.P...»

Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.

B. SERVIDORES PÚBLICOS

EMPLEADOS PÚBLICOS

Remoción

2 de julio de 1830

...«Sobre los medios y arbitrios que deben darse al Poder Ejecutivo para ocurrir a la urgencia del erario público y a la seguridad del país, se puso en consideración la primera medida relativa al último punto. Ella estaba concebida en estos términos: “remover de todos los destinos los empleados ineptos o sospechosos y colocar ciudadanos aptos, activos, honrados y de reconocido patriotismo y adhesión al Gobierno”. El señor Restrepo opinó que esto no podía practicarse si es que se obraba en justicia y razón y sin caer en el mismo defecto tan notable de la administración despótica, que se llamaba discrecional. Para remover a un empleado de su destino, según la Constitución, debe ser oído y vencido en juicio y lo más a que puede extenderse el Poder Ejecutivo es a mandar que se practique una información que compruebe la ineptitud, negligencia o desafección al Gobierno, y resultando cierto el cargo entregar al culpado o inepto a disposición de su juez competente para que por las vías legales se le imponga la pena.

Opusieron a este modo de pensar varios señores manifestando que la comisión al proponer la medida en cuestión, se fundaría sin duda en que todos los empleados que actualmente ocupan destinos los tienen en virtud del decreto orgánico de 27 de agosto de 1828, que expresamente dispone la movilidad de aquéllos a voluntad del Gobierno. Es pues claro, que siendo todos los provisorios se conservan todavía en el mismo estado, porque la Constitución no tuvo por objeto dar empleos en propiedad, y en tal caso, no puede negarse al Ejecutivo la facultad que conserva de removerlos, siendo así que el anterior gobierno la tenía. En la República ha habido una gran

revolución, un gran cambio de cosas y sólo subsisten los empleados nombrados en el régimen anterior, no precisamente por los talentos, por la aptitud, sino por las opiniones que manifestaban. Los gobiernos para que puedan marchar sin tropiezos deben cuidar de que todos los agentes sean de absoluta confianza, sin cuyo requisito sería una cosa bien dura exigir la responsabilidad del Ministerio de Estado, que no podría obrar según conviene sin un subalterno no siendo afecto al Gobierno, oponía cualquiera especie de resistencia o apatía para impedir las operaciones de aquel. En las naciones cultas los agentes del Poder Ejecutivo se varían a su voluntad. El general Jackson al entrar en la administración de los Estados Unidos del Norte América varió hasta el último administrador de correos y este hecho solo efectuando en una nación que puede tomarse por modelo de la libertad y del orden sirve de apoyo suficiente a las medidas propuestas. Además, por una ley del Congreso Constitucional, los destinos de hacienda no podían darse sino en comisión, y, por consiguiente, no habiéndose derogado es claro que todavía deben considerarse de la misma naturaleza. Igualmente la ley da solo en comisión los destinos militares como comandancias generales, de armas, etc., y tanto unos como otros en la actualidad son amovibles por esa circunstancia previa el dictamen del Consejo.

Enhorabuena que nunca se quiten arbitrariamente los empleados buenos, los adictos al Gobierno y que tenga la suficiencia y aptitud necesaria para desempeñar sus destinos, pero es sobremanera conveniente que se reconozca esta importante facultad en el Ejecutivo. ¿Qué se hubiera dicho, qué hubiera sucedido si en el año de 1810 se hubiera querido sostener la propiedad de los empleados que existían en el régimen español? ¿Habría podido marchar la revolución? ¿Si en el año de 1819 se hubieran conservado en los destinos los mismos hombres que los ocupaban habría existido orden y tranquilidad? Es preciso, pues, confesar que variado ahora el orden de cosas es indispensable que los empleados hayan dejado de tener la propiedad de los destinos, tanto más cuanto que existen en virtud del decreto orgánico del 27 de agosto de 1828 que sólo los nombró en clase de provisorios. Alargóse la discusión en que se propusieron razones en pro y en contra de la proposición; estas consistían en la injusticia que se irrogaba a los empleados separándolos en forma de juicio, en el descontento general que iba a producirse, en la contrariedad que hay de la medida con la Constitución, especialmente con el artículo 85 atribución 18 del Poder Ejecutivo y en que éste tenía en esta disposición el remedio suficiente y constitucional para deshacerse de los malos. Aquellas se reducían a manifestar que si la justicia y la razón se invocaban debiera ser en favor de la medida, porque la justicia

y la razón clamaban contra la responsabilidad del Gobierno en caso de que se le privase el tener agentes de su confianza, porque en la justicia y la razón estriba la facultad que tienen todos los gobiernos cultos del mundo, no solo las monarquías absolutas sino las constitucionales y las repúblicas, para remover los empleados que no les convienen»...

Domingo Caicedo, José María Ortega

NOMBRAMIENTO DE EMPLEADOS

Quien nombra debe estar legitimado, so pena de la nulidad de los nombramientos

19 de octubre de 1831

Gaceta: 553

«El consejo en su última reunión ha entrado a considerar las contestaciones que han mediado entre el R. arzobispo de esta iglesia catedral, i el ministerio de VS. por la provisión de la canonjía magistral en el doctor Marcelino Castro, cuya presentación e institución hecha en tiempo del gobierno intruso, ha sido declarada nula en consonancia con el decreto de 27 de agosto último.

Ha observado el consejo, que las oposiciones a esta canonjía son nulas, porque requiriéndose por la lei un asistente nombrado por el gobierno lejítimo, i no habiéndolo sido por este, sino por el intruso Urdaneta, es clara i demasiado perceptible la ilegalidad de este acto: también ha observado la declaratoria hecha por el gobierno de que todos los actos de una naturaleza permanente ejercidos por el jeneral Urdaneta, sean de ningún valor; no puede revocarse a duda que sea de esta naturaleza el de que se trata igualmente se ha convencido de que, habiendo sido declarados insubsistentes todos los nombramientos de empleados de aquella administración, i no versándose este negocio sobre otro punto que sobre el nombramiento de un empleado, cuyo título i habilitación le vienen del usurpador, es evidente que lo ha comprendido la estension de aquel decreto. En las meditaciones del consejo no tiene fuerza alguna la opinión de los canonistas en que apoya su denegación el R. arzobispo: porque es lei escrita, i no la opinión particular, la única pauta que debe conducir al ejecutivo por el estrecho, pero seguro camino de la rectitud.

Tanto más estraña ha parecido al consejo la conducta del R. arzobispo en este caso, cuanto que se atreve a decir terminantemente, no serle

obligatorio averiguar, si la autoridad ejercida por Urdaneta era o no lejitima. El consejo cree por el contrario, que el R. arzobispo i su capítulo catedral, por el carácter de que están investidos, por el honroso ministerio de sus funciones, i porque la autoridad que ejercen no les viene de otra fuente ni puede venirles, que la de un gobierno lejitimo, debieron averiguar si la presentación de que trata era hecha por este, único que tenía facultad de hacerlo, o lo era por un usurpador, en cuyo caso, careciendo de facultades, no pudo dar legitimidad a lo que por su naturaleza debía ser írrito.

Jamás el jeneral Urdaneta puedo hallarse en posesión del patronato, porque siendo un violento despojador, las leyes todas, i los principios sobre que se basan le niegan a este la facultad de poseer lejitimamente los derechos del despojado i es esta una verdad, que el R. arzobispo no ha podido ignorar, i por cuya razón su procedimiento en esta parte no puede ser disputado, ni el gobierno puede pasar por disentir un punto de la enerjia i vigor con que debe llevar a efecto sus providencias. Fundado, pues, en tan solidos antecedentes, ha resuelto el consejo consular a S.E. el jefe del ejecutivo; que estando próxima a reunirse la convención, i siendo este un negocio de gravedad i trascendencia se pase con esta consulta a la referida convención»...

Alejandro Vélez

NOTARIOS

Funcionarios nacionales de categoría especial

5 de mayo de 1922

Radicación 268-CE-SNG-1922-05-05

...«Antes de la Independencia nacional había en el Virreinato de la Nueva Granada escribanos que ejercían las funciones que les atribuían las leyes españolas. Los escribanos eran secretarios públicos que redactaban y autorizaban con sus firmas los autos y diligencias de los procedimientos judiciales y las escrituras de los actos o contratos que se celebraban entre las partes, por manera que ejercían dos clases de funciones bien diferentes: la una, las de los actuales secretarios de los Tribunales y Juzgados, y la otra, las de las notarías actuales. En estos últimos se ocupa el actual Código Civil en su Título XLII, Libro 4°. Eran obligaciones de los escribanos, como Notarios, autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y extender las escrituras correspondientes; dar fe y testimonio de lo que pasaba ante ellos; llevar un protocolo o registro donde se extendieran las escrituras; escribir las escrituras sin abreviaturas; dar a las partes copias de los instrumentos que pasaban ante ellos; conservar con todo cuidado los protocolos indicados. A esos escribanos les eran prohibidas muchas cosas, pero no es procedente por ahora hacer esa enumeración.

(...)

Fue la Cédula de 9 de mayo de 1778 y la de 16 de abril de 1893, las que ordenaron el establecimiento de oficinas de registro de los testimonios notariales en América. (...) Correspondió a la Ley de 3 de junio de 1852 crear y organizar el oficio de notario público. Esa disposición legal, compuesta de 8 títulos y 62 artículos, es, si así decirse puede, un Código notarial, tan completo como era posible en esos tiempos en que quedaban acabadas para siempre las escribanías. Esta fue la primera ley que estableció las notarías, y para que se comprenda mejor su objeto, deben hacérsele algunas observaciones.

(...)

Para ser Notario se necesitaba ser ciudadano en ejercicio y saber leer y escribir correctamente. No podían ser Notarios además los que hubiesen sido condenados a pena corporal o infamante aunque se les hubiese rehabilitado, y los ascendientes, descendientes, hermanos, tíos, sobrinos, suegros, yernos o cuñados de los otros Notarios del mismo Cantón. El destino del Notario era incompatible con otros (artículos 5º). En todo Cantón debía haber una Notaría; pero si no bastaba, a juicio de la Cámara Provincial, ésta podía ordenar el establecimiento de dos o más.

(...)

Los Notarios y Registradores de instrumentos públicos son funcionarios nacionales de una categoría especial, pero en todos casos correspondientes a la jerarquía nacional.

Jorge Vélez, Miguel Abadía Méndez, Ramón Correa.

EMPLEADOS DE LA RAMA EJECUTIVA

Categorías

20 de octubre de 1960

Rad. 937-CE-SNG-1960-10-20

...«De todo este gran conjunto de empleados y funcionarios de la Rama Ejecutiva se forman dos categorías pudiera decirse, o sean: la de empleados incluidos en la Carrera Administrativa, y la de aquellos que están excluidos de ésta, y los cuales señala el artículo 36 del citado Decreto 1732. A la primera de estas categorías pertenecen no solo los empleados remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales, sino también los de los establecimientos públicos; la segunda la integran empleados públicos como Ministros, Gobernadores, Embajadores y otros señalados en el mencionado artículo 36, además de algunos funcionarios de los Establecimientos Públicos.

De estos dos grupos o categorías, el primero está amparado por las prerrogativas establecidas por el artículo 5° del mencionado Plebiscito, puesto que los individuos que hacen parte de él pertenecen a la Carrera Administrativa; y los del segundo grupo tienen que ser designados de tal manera que reflejen equilibradamente la composición política del Congreso, por mandarlo así el artículo 4° del mismo acto reformativo de la Constitución. Por manera que todas las unidades de las categorías detalladas, se consideran funcionarios o empleados de la rama ejecutiva del poder público para los solos efectos de saber las incidencias que sobre ellos tengan las citadas normas constitucionales. De consiguiente, el hecho de que el artículo 1° del Decreto Ley 1732 de 18 de julio de 1960 haya definido cuáles funcionarios o empleados integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, no autoriza legalmente para deducir que todos ellos son empleados públicos porque en realidad son otros factores los que sirven para establecer su carácter de servidores públicos o simplemente su condición de trabajadores oficiales. Estos factores fueron claramente determinados por el

Consejo de Estado, en sentencia de 30 de julio pasado, habiendo llegado a las siguientes conclusiones:

«1° En los órdenes nacionales, departamentales y municipales de la administración pública y demás personas administrativas, rige para las relaciones del empleado con el Estado el derecho público, y el estatuto del servidor público parte de la situación legal y reglamentaria, con las siguientes excepciones:

«a) Trabajadores a jornal de las obras públicas;

«b) Personas vinculadas a la administración por contrato de carácter especial, de acuerdo con la ley;

«c) Sociedades de economía mixta, salvo mandato expreso de la ley;

«d) Establecimientos públicos, en los casos de trabajadores cuya actividad no sea base esencial del servicio público, ni tengan funciones directivas o técnicas (simples oficiales, obreros, etc.). En los establecimientos públicos, como en la administración en general, el principio es la situación legal y reglamentaria, siendo la excepción la relación contractual, excepción que es determinada por la ley.

«2° En relación con las convenciones colectivas de trabajo, de acuerdo con el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, estas se celebran para fijar las condiciones que regulan los contratos de trabajo durante su vigencia. Estas disposiciones se aplican a los trabajadores públicos que estén vinculados a la administración por medio de un contrato de trabajo, o sean los comprendidos en las excepciones señaladas en el punto 1°

«3° En los servicios públicos, la administración puede tener trabajadores a contrato, siempre que no sean aquellos que, por la naturaleza de su cargo, deben responder no solamente de sus hechos, sino por sus omisiones, es decir que tienen funciones detalladas en la ley o reglamento. Cuando son de esta última categoría, la situación legal y reglamentaria prevalece.

«4° La competencia para conocer de los litigios de esta clase, la fija la naturaleza del vínculo, de derecho público o contractual, que existe entre la administración y el trabajador. Y, para fijar la naturaleza de ese vínculo es necesario estudiar las funciones del trabajador, y su situación dentro del servicio público».

Lo anterior es un desarrollo lógico del principio contenido en la primera parte del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6a del mismo año, según el cual, y como principio general, las relaciones entre la administración pública y sus servidores se rigen por las leyes especiales y no constituyen contrato de trabajo. Pero deben tenerse en cuenta las situaciones de excepción previstas por la parte final de dicha norma, según cuyos términos «a menos», es decir que sí hay contrato de trabajo entre la administración y los trabajadores de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con ánimo de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares y susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma, y además entre la administración y los trabajadores que se ocupen en la construcción y sostenimiento de las obras públicas.

Y que estos últimos trabajadores no estarían obligados al requisito de la posesión, se explica porque, a diferencia de las implicaciones propias de la situación legal y reglamentaria, para ellos la sola celebración y realización del contrato implica el cumplimiento de las obligaciones propias de su oficio, por lo cual, o mejor, a esto se llega por virtud de un contrato y no de una imposición de carácter legal. Por ello, el artículo 41, literal i) del Decreto 1732 de 1960, orgánico de la carrera administrativa, dispuso que, entre los requisitos para ingresar a ella, se requiere de tal posesión y del juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir los deberes que les incumben, solamente cuando se trate de «funcionarios vinculados al Estado por situación legal y reglamentaria», con lo cual no se quiso significar que los vinculados por contrato de trabajo quedaran excluidos de la posibilidad de pertenecer a la carrera, sino solo que para ingresar a ella no precisaban del mencionado requisito. En todo lo anterior se funda la Sala para responder al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, respecto de los puntos que ha sometido a su estudio, que continúa sosteniendo su concepto emitido en el año de 1955. Con estos antecedentes, y para los efectos fiscales a que se refiere la consulta, ese Despacho podrá determinar en cada caso cuáles de los servidores de los establecimientos públicos y demás personas administrativas descentralizadas, tienen el carácter de empleados públicos, a fin de que únicamente a ellos, se les apliquen las disposiciones legales vigentes para las relaciones de derecho público. En cuanto a los demás servidores de las entidades citadas, o sean quienes no se encuentran dentro de la administración en una situación legal y reglamentaria, a ellos deben aplicarse las normas que regulan las vinculaciones contractuales.»...

*Alfonso Meluk, José Urbano Múnera,
Jorge de Velasco Álvarez, Guillermo González Charry.*

SERVIDOR PÚBLICO

Concepto en la Constitución Política de 1991. Régimen e inhabilidades de empleados oficiales en las entidades descentralizadas.

30 de abril de 1991

Radicación: 139-CE-SC-EXP1991-N384

...«Con la denominación genérica de servidores públicos, la nueva Constitución comprende a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (Artículo 123).

A dichos servidores públicos, les prohíbe nombrar como empleados a personas que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Del mismo modo, tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos vínculos de parentesco con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. De estas inhabilidades se exceptúan los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos, es decir, los empleos en los órganos y entidades del Estado que sean de carrera. (Artículo 126).

En cuanto a los parientes de los diputados y concejales, la Constitución mantiene la prohibición de ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, pero desciende en los grados de parentesco al comprender solamente el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, además lógicamente de los cónyuges o compañeros permanentes. (Artículo 292, inciso segundo).

Por otra parte, los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas) no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si así lo hicieren perderán su investidura. Esta norma corresponde al

artículo 291 de la Constitución, que de esta manera reitera lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 53 de 1990 -con la supresión de la excepción, lo que significa que desaparece la frase a menos que fuese en los cargos de alcalde por designación o nombramiento», ampliando además la prohibición en relación con los diputados. Respecto de los congresistas, la incompatibilidad es todavía más severa, por cuanto no podrán «desempeñar cargo o empleo público o privado» al tenor del artículo 180, numeral 1.

Las incompatibilidades de congresistas, diputados y concejales tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. (Constitución Política artículo 181, Código de Régimen Municipal artículo 91 y Código de Régimen Departamental artículo 48).»...

Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.

SERVIDOR PÚBLICO

Participación en política

18 de marzo de 1992

Radicación 141-CE-SC-EXP1992-N430

...«La participación en actividades partidistas y controversias políticas de los empleados del Estado no contemplados en la prohibición del inciso 22 del artículo 127 de la Constitución Política presupone expedición previa de la ley que señale las condiciones en que pueden participar, porque así lo dispone el inciso 3º de la norma citada.

La reforma de las normas legales anteriores a la expedición de la Constitución nueva no está condicionada a la expedición de leyes nuevas en materia de prohibición a los empleados del Estado respectivo del derecho constitucional a participar en actividades y controversias partidistas. Opera por virtud de la norma constitucional respecto a los empleados no contemplados en la prohibición, pero la participación de éstos en dichas actividades está subordinada a las condiciones que la ley señale puesto que así lo prevé el artículo 127, inciso 3º de la nueva Constitución. Como el ejercicio del derecho a participar en política que el artículo 127 de la Constitución reconoce a determinado sector de servidores públicos está condicionado a que se expida la ley que regule la manera de desarrollar esa actividad política, quienes participen en ella con antelación a la expedición de la mencionada ley, incurrir en falta disciplinaria.

El artículo 127 inciso 3º de la Constitución Política permite a los empleados a que se refiere tomar parte en actividades políticas como un derecho que les reconoce. Pero su ejercicio está condicionado a la expedición de la ley que lo regule. Esta ley debe determinar la compatibilidad entre el desempeño del cargo correspondiente al empleado y la posibilidad de que el mismo intervenga en actividades políticas.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nueva especie dentro de la clasificación tradicional de empleados oficiales

16 de diciembre de 1994

Radicación CE-SC-RAD1995-N654

...«La carrera de la seguridad social es especial y está concebida como un sistema de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios de seguridad social y la calidad del personal, con arreglo a principios tales como la igualdad de oportunidad para el ingreso al servicio, la selección, permanencia y promoción mediante procedimientos reglados con base en criterios objetivos, y el desarrollo de las calidades humanas, técnicas y científicas de los funcionarios de la seguridad social. (...)

Con fundamento en las atribuciones que le fueron conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política expedida en 1991, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2148 de 1992, reestructuró el Instituto de Seguros Sociales - ISS - como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Como consecuencia de la transformación del Instituto, de establecimiento público en empresa industrial y comercial del Estado, la regla general en materia de personal, simultáneamente debió invertirse, pues sus servidores ya no serían empleados públicos, y por excepción, trabajadores oficiales, sino trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos. Para este último efecto, o sea, para precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, la atribución correspondiente es otorgada por la Ley (Decreto - Ley 3235 de 1968, art 5o., inciso segundo) a los estatutos de dichas empresas.»...

*Roberto Suárez Franco, Nubia González Cerón,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

SERVIDORES PÚBLICOS TERRITORIALES

Inhabilidades e incompatibilidades

6 de diciembre de 1995

Radicación CE-SC-RAD1995-N751

...«La causal de inhabilidad se predica en cada caso desde el momento en que la ley lo determina. Así para el ejercicio de los cargos de alcalde, miembro de junta administradora y contralor, la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad debe haberse proferido dentro de los diez años anteriores a la elección (artículos 95 - 1, 124 - 1, 163 - C, Ley 136 de 1994). Para el cargo de concejal, a la fecha de la inscripción (artículo 43 - 1) y para el cargo de personero en cualquier época (artículo 174 - C). Para aplicar la causal de inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad se requiere que la condena esté vigente, salvo las excepciones constitucionales que le otorgan un carácter permanente. Y las legales que señalen un término de prescripción. Tratándose de condenas por delitos contra el patrimonio del Estado, éstas por excepción tienen efectos intemporales por mandato constitucional (artículo 122), e inhabilitan en todo tiempo. Dichas condenas no son susceptibles del beneficio de la rehabilitación.

(...)

Se entienden incorporadas a la Ley 200 de 1995 las inhabilidades e incompatibilidades y sus excepciones, previstas en la ley y los reglamentos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho Estatuto. Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, que ejerzan la abogacía pueden litigar ante la rama judicial “en las diligencias o actuaciones en las que conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o hijos tengan interés” y “en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público”. Sin embargo, durante el respectivo período los diputados y concejales no pueden ser “apoderados ni peritos en los procesos de toda

clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital” (artículos 52 a - d del Decreto 1222 de 1986; 46 a - d de la Ley 136 de 1994). Respecto de los miembros de las juntas administradoras locales, que ejerzan la abogacía, pueden ser apoderados en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del poder público, sin ninguna limitación (artículo 128 - d Ley 136 de 1994). Los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales que ejerzan la abogacía, pueden litigar en causa propia ante la rama judicial en todos los casos en que lo permiten las excepciones consagradas en los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994 y en el Decreto 196 de 1971. Los anteriores servidores pueden directamente o por medio de apoderado actuar en las “diligencias o actuaciones administrativas... en las que conforme a la ley ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés” (artículos 52 - a Decreto 1222 de 1986, 46 - a y 128 - a de la Ley 136 de 1994). Por lo tanto, pueden ser apoderados ante los organismos de control en los términos indicados. La “gestión” que prohíbe la Ley 200 se refiere al adelantamiento de cualquier negocio o asunto en representación de un tercero. Su alcance se concreta en los términos del artículo 44-1-b, a la imposibilidad de gestionar a nombre de otros asuntos ante las respectivas autoridades administrativas, salvo las excepciones consagradas en los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994. Ante las jurisdiccionales, sólo los abogados pueden actuar como apoderados a nombre de terceros, o como gestores de negocios, en los casos que autorizan las citadas disposiciones.

(...)

Los “docentes oficiales” no pueden válidamente ser elegidos concejales o diputados si dentro de los seis meses anteriores a la elección han ejercido tales funciones (artículo 11, Ley 177 de 1994, artículo 44 - 5 Ley 200 de 1995). Los empleados oficiales, sólo pueden ser elegidos válidamente diputados o concejales si dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección han hecho dejación del cargo (artículo 44 - 5 Ley 200 de 1995).»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

EDAD DE RETIRO FORZOSO

Aplicación

21 de febrero de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N774(774)

...«La razón de ser del artículo 31 del Decreto-ley 2400 de 1968 se encuentra en varios motivos, siendo los principales el de garantizar el acceso a los cargos públicos de otros ciudadanos, para que con su juventud contribuyan a renovar y mejorar el servicio público, y el de otorgar el derecho a pensión por vejez, al empleado que al llegar a esa edad no reúne el derecho a pensión de jubilación. Al respecto, la Corte Constitucional, al declarar exequible la norma materia de análisis, afirma entre otras cosas:

“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. Luego, no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.

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. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que este no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés

general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. 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” (Sentencia C-351 de agosto 9 de 1995).

La sentencia mencionada anota, igualmente, que la norma no quebranta el principio de igualdad porque no deja en estado de indefensión a los mayores de 65, ni los discrimina, ya que los hace acreedores a la pensión por vejez. Considera absurdo que para proteger la vejez se consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, desconociendo los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, implícito en el artículo 40-7 de la Constitución. Manifiesta, asimismo, que lo que la ley establece es simplemente el límite de un derecho, en lo que a su ejercicio se refiere, y con respecto a los cargos públicos específicamente –y no a todos–, en el tiempo.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

AUMENTO DE LA EDAD DE RETIRO FORZOSO

Finalidad. Efecto general inmediato de la ley

8 de febrero de 2017

Radicación: 11001-03-06-000-2017-00001-00(2326)

...«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.

(...)

El artículo 1º, que es el central, prescribe lo siguiente: “Artículo 1º. 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 1º 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.

(...)

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. (...) Luego de efectuar una interpretación gramatical, sistemática, histórica y finalista del artículo 21 (sic) 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. (...)

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.

(...)

El artículo 4º de la Ley 821 (sic) 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)....

(...)

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...»

*Édgar González López, Óscar Darío Amaya Navas,
Germán Alberto Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas*

PROHIBICIÓN DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACIÓN

No aplica para particulares que contraten con el Estado

10 de mayo de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1344 (1344)

...« De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo “asignación” es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos -sin excepción, dado que la expresión “nadie” no excluye a ninguno de ellos-, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador. (...)

Estas consideraciones y las expuestas en los puntos anteriores, permiten concluir que los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6º constitucional, al particular contratista sólo le es exigible responsabilidad ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos. Por lo demás, el artículo 8º ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios...».

*César Hoyos Salazar, Juan Camilo Osorio,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

Situación de disponibilidad

25 de agosto de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1287(1287)

...« Lo anterior conduce a las siguientes consideraciones del servidor en situación de disponibilidad, en cuanto a su relación jurídica con la entidad:

- conserva el carácter de funcionario escalafonado en la carrera,
- quienes se hallan en ella, no se encuentran en servicio activo,
- tampoco están en situación de retiro,
- se trata de un derecho renunciable en cualquier momento,
- el derecho al reintegro conlleva hacer efectivos los beneficios de la carrera.

El servidor, conserva el vínculo jurídico que lo mantiene unido a la administración, el cual sólo puede ser interrumpido por la administración o a solicitud del funcionario, con fundamento en causa legal.

Para la Sala, el servidor inscrito en la carrera diplomática y consular está unido a la administración pública mediante una relación legal y reglamentaria, aún en la situación administrativa denominada de disponibilidad. Esta situación está regulada por las normas de la carrera, entre las cuales están, por ejemplo, la prohibición para que durante su ejercicio desempeñe cargo remunerado en el servicio público, y aunque la disponibilidad genera vacancia, para la administración existe la obligación del reintegro; por tanto, se conserva la opción para el servidor de continuar en el servicio, en iguales o mejores condiciones de las que se encontraba antes de la situación administrativa bajo análisis.

Como la relación se mantiene durante el ejercicio de la disponibilidad, tampoco permite afirmar que opere “la suspensión” porque para que ésta surja se necesitaría que durante ella no existiera efecto jurídico alguno, y al contrario, son varios los que se generan, según se analizó. En consecuencia, quien se encuentre en dicha situación administrativa no está activo, ni retirado; tampoco está suspendido o en licencia del servicio, sino que se halla en la figura sui géneris denominada por la ley “disponibilidad”, la cual como situación administrativa que es, causa efectos jurídicos, los cuales están determinados de manera específica en el ordenamiento legal, como modalidad laboral administrativa autónoma en la administración del personal diplomático y consular.»...

César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.

PERSONERO Y CONCEJO MUNICIPAL

Ejercicio de funciones desde otra jurisdicción por razones de orden público

6 de diciembre de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1387 (1387)

...«En el ámbito local la ley 418 de 1.997, por la que se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia, entre otros aspectos, permite medidas tendientes a garantizar el ejercicio de la función pública en entidades territoriales, en aquellos eventos en que por grave perturbación del orden público no sea posible la inscripción de candidatos a gobernaciones, alcaldías municipales, asambleas departamentales y concejos municipales, o cuando los candidatos inscritos se vean obligados a renunciar o una vez electos no se posesionen, o cuando los ciudadanos no puedan ejercer el derecho al sufragio. Así mismo, autoriza a los presidentes de las corporaciones públicas territoriales que no puedan sesionar en su sede oficial, a hacerlo en el sitio que lo determinen...

(...)

Se tiene, entonces, que el cambio de sede para las deliberaciones de los concejos municipales tiene sustento legal en las disposiciones citadas, cuando por la vía de la intimidación o amenazas o por cualquier hecho de violencia, se impida a los concejales reunirse a sesionar en la sede oficial de la cabecera municipal. En tal caso corresponde al presidente de la respectiva corporación fijar el lugar de reunión aún fuera de su jurisdicción.

Por tanto, es viable jurídicamente el traslado de la sede oficial del concejo municipal de Barbacoas a otra jurisdicción diferente de la cabecera municipal, debido a graves amenazas contra la vida de sus miembros por parte de grupos al margen de la ley, si como se informa en la consulta la fuerza pública no está en condiciones de garantizar la vida de los concejales

en la misma región. La decisión corresponde adoptarla al presidente de la Corporación.

El personero municipal ejerce en cada municipio las funciones de ministerio público que le confieren la constitución y la ley, así como las que por delegación asignen el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo. En cumplimiento de sus funciones de ministerio público le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas. (arts. 118 C.N., 169, 178 de la ley 136 de 1.994.

No obstante que el personero desempeña en el respectivo municipio las funciones de ministerio público bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación, se trata de un servidor del orden municipal, dado que la elección corresponde al concejo municipal o distrital; en caso de falta temporal la vacancia la suple el funcionario que le siga en jerarquía siempre que reúna las calidades legales, en caso contrario, lo designa el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, compete al alcalde. (Art. 172, ley 136).

Es un hecho de público conocimiento la situación de alto riesgo a la que están sometidos no solo la población civil sino servidores públicos, debido a actuaciones provenientes de grupos alzados en armas, que ha generado desplazamiento de la población y vacío institucional en varias regiones del país. En un Estado social de derecho como se predica del nuestro, la protección a la vida es una obligación ineludible que atañe a los particulares y, especialmente, a las autoridades, instituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (Art. 2° Constitucional).

El legislador reconociendo esta situación previó en la ley 443 de 1.998, que regula la carrera administrativa, la protección de empleados con derechos de carrera, desplazados por razones de violencia, que demuestren encontrarse amenazados en su vida e integridad personal, al disponer la reubicación en una sede distinta a aquella donde se encontraban ubicados, “prevaleciendo este derecho sobre cualquier otra modalidad de provisión de empleos de carrera” (Art. 71)...»

*César Hoyos Salazar, Ricardo Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

C. PERIODO INSTITUCIONAL

REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Carácter institucional de su periodo

26 de octubre de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00091-00(1774)

...«Consideradas estas situaciones, a juicio de la Sala no existe razón para variar su doctrina sustentada en el Concepto No. 1173 de 1999 y por tanto debe reiterar que el período del Registrador Nacional del Estado Civil tiene carácter institucional, no sólo por la consagración constitucional de su duración y de la fecha de inicio del mismo, sino porque conforme al párrafo adicionado al artículo 125 de la Carta por el artículo 6° de la Reforma Política, “los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales”, precepto que despeja cualquier duda acerca de la naturaleza del empleo de Registrador Nacional.

En este mismo sentido, en el Concepto No. 1.743 de 8 de junio de 2006, la Sala precisó que el período de los miembros del Consejo Nacional Electoral es institucional, debido a que el artículo 125 de la Constitución, “...establece claramente ese carácter institucional, que no personal, de los cargos de elección, con lo cual zanjó definitivamente, a partir de su vigencia el 3 de julio de 2003, la polémica jurisprudencial que se había presentado al respecto...”. Así las cosas, la interpretación que debe darse al párrafo del artículo 125 de la Carta Política, adicionado por el artículo 6° del Acto Legislativo 01 de 2003, es que el Constituyente derivado erigió en institucionales todos los períodos de los cargos de elección; por lo tanto, sólo se exceptúan de ese carácter los expresamente previstos en la Carta, como los individuales de ocho años de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce.*

PERIODO INSTITUCIONAL

Separación automática del cargo por vencimiento del periodo

6 de diciembre de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00088-00(1860)

...«El vencimiento de un período institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público, produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, sin que incurra en abandono del cargo puesto que el carácter institucional del período hace imperativo que tan pronto el funcionario lo cumpla, cese inmediatamente en sus atribuciones y no desarrolle actuación adicional alguna ni expida actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.

En este aspecto la Sala considera que el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley 4ª de 1913, se encuentra derogado en cuanto se refiere a cargos públicos de elección cuyos períodos son institucionales, conforme a la mencionada reforma constitucional. (...)

El carácter institucional del período, de acuerdo con el actual párrafo del artículo 125 de la Carta, implica que el plazo es imperativo, de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término y en este sentido se debe entender derogada la disposición transcrita para los empleos de elección por período fijo.

De otro lado, como el vacío del cargo no es deseable, para la buena marcha de la institución, se observa que una alternativa de solución la constituye la figura del encargo, que se encuentra prevista justamente para este tipo de eventos...»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo.*

FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Carácter institucional de su período. En caso de falta absoluta, el reemplazo solamente podrá completar el respectivo período

12 de marzo de 2012

Radicación: 11001-03-06-000-2012-00022-00(2095)

...«Mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, el artículo 125 de la Constitución fue adicionado con un párrafo, que determinó el carácter de institucionales de todos los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección. Del análisis de los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2003 se desprende que el objeto de la reforma en este aspecto en particular era, precisamente, institucionalizar los periodos de los altos funcionarios del Estado y no solamente los de elección popular.

Se observa así que el proyecto inicial preveía la reforma de cada uno de los artículos constitucionales que regulan los periodos de Contralor, Procurador, Defensor del Pueblo, Registrador, etc. para señalar que los mismos tendrían carácter institucional y que los reemplazos, en caso de falta absoluta, lo serían únicamente para completar el respectivo periodo. Posteriormente, en la ponencia para primer debate en el Senado de la República se justifica la necesidad de incluir, además, una regla general de institucionalización de los periodos de los altos funcionarios del Estado. Con la expedición meses más tarde de la ley 938 de 2004, en la que atendiendo precisamente al nuevo mandato constitucional sobre el carácter institucional de los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección, el legislador lo señaló expresamente para el caso de la Fiscalía General de la Nación. En oposición al silencio que guardara el primer estatuto de la Fiscalía, contenido en el decreto 2699 de 1991, y contrariamente al carácter personal que le daba el Decreto 261 de 2000 al cargo, el régimen actual de la Fiscalía establece expresamente, en consonancia con la Constitución, que el Fiscal General de la Nación tiene periodo institucional. De modo que aún si existiera duda de si el periodo del Fiscal General quedó o no contenido en la

regla del párrafo 125 de la Constitución, lo cierto es que el legislador en el artículo 9 de la ley 938 de 2004 definió el punto y zanjó cualquier inquietud sobre el modo en que frente a dicho cargo debe desarrollarse la actividad nominadora y electoral de las autoridades competentes.

Por tanto, siendo expresa y absolutamente clara la ley 938 de 2004 en relación con el carácter institucional del cargo y partiendo de su presunción de constitucionalidad, en este caso evidentemente reforzada con el texto del párrafo del artículo 125 superior que le sirve de sustento, no encuentra la Sala margen de interpretación que permita darle a la norma un sentido contrario a lo que la misma señala con meridiana claridad. En ese sentido, el operador jurídico no puede forzar a la ley a decir algo que ella no dice, menos aún a decir lo contrario a lo que ella establece. En síntesis, conforme a los artículos 125 de la Constitución y 9 de la ley 938 de 2004, ha de concluirse que no cabe en el estado actual de la legislación plantear ninguna duda sobre el carácter institucional del periodo del Fiscal General de la Nación, lo que lleva a la Sala a descartar la hipótesis de la consulta según la cual pudiera considerarse que el referido periodo sería personal.

(...)

En el caso de los cargos que tienen fijado un periodo 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 periodo institucional como elemento objetivo que es. Por ello, la Sala ha reiterado que la denominación de un periodo como institucional significa que existe certeza del momento en que el mismo empieza y termina; implica también que el periodo es estable y perentorio de forma que no se extiende mas allá del plazo fijado para su finalización; y conlleva igualmente que a su vencimiento cesa la competencia del funcionario, por lo cual éste deberá dejar el cargo.

Igualmente se observa que el periodo institucional es fijo en el tiempo y que no se ve afectado por situaciones particulares del servidor público (renuncia, abandono, muerte, etc.); su inicio tampoco depende, se suspende o se desplaza en razón de situaciones coyunturales como la fecha de posesión, de designación, etc. Y tampoco vuelve a empezar por efectos de la declaratoria de nulidad de la elección de su titular. En general, ninguna circunstancia tiene la entidad suficiente para desplazar los periodos

institucionales y originar fechas distintas para el inicio y terminación de los mismos, pues ello, precisamente, acabaría con su carácter institucional y generaría multiplicidad de periodos atípicos en el tiempo, según las situaciones particulares de cada caso. Así, por ejemplo, si un congresista o un alcalde o un diputado o un concejal, toma posesión de su cargo después de iniciado su periodo, aún por fuerza mayor, en todo caso cesará en sus funciones cuando el periodo institucional termine. Del mismo modo si se produce su renuncia o se anula su elección, quien haya de reemplazarlo sólo ocupará el cargo hasta que el respectivo periodo finalice. Esa es una consecuencia del carácter institucional de sus periodos. La Sala tampoco encuentra que los periodos institucionales deban moverse en el tiempo para garantizar que su titular tenga el goce efectivo del tiempo fijado para el periodo, pues en tal caso simplemente se estaría frente a periodos personales. En ese sentido no se desconoce ningún derecho subjetivo de quien es elegido para completar un periodo institucional, pues de antemano conoce el alcance del llamado que se le hace a la función pública y, por lo mismo, cuándo habrá de terminar su gestión...».

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

CARGOS DE PERIODO: CARÁCTER INSTITUCIONAL O PERSONAL

Periodo personal de los integrantes de la Junta Nacional de Televisión

27 de enero de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00509-00 (2180)

...«En síntesis, salvo las excepciones previstas taxativamente en la Carta Política, el periodo de los cargos de elección (popular o no) consagrados en la Constitución y en la ley, es de carácter institucional u objetivo, razón por la cual, entre otros efectos, quienes sean elegidos o llamados para reemplazar a quienes los ejercían originalmente y llegaren a faltar en forma absoluta (por renuncia, destitución, muerte, etc.), solamente pueden ocupar dichos cargos *por el tiempo que falte para completar el periodo de aquellos*.

De lo expuesto se colige que, en el caso de los servidores públicos que no son elegidos, su periodo (si se trata de funcionarios de periodo) es “personal o subjetivo”, por regla general, a menos que la Constitución o la ley le otorguen expresamente el calificativo de “institucional” u “objetivo”, o que pueda deducirse inequívocamente dicho carácter a partir del estudio de las normas pertinentes.

(...)

4. La jurisprudencia transcrita aporta los siguientes elementos para identificar los cargos de elección, que resultan importantes en el análisis de esta consulta:

(i) En los cargos de elección la escogencia, nombramiento o designación (en el sentido amplio de las palabras) de la persona que vaya a ocupar el cargo se realiza a partir de unas candidaturas por el sistema del voto o sufragio. Los votos se escrutan y obtiene el cargo el candidato que logre la mayoría exigida por la reglas de la elección de que se trate.

(ii) Puesto que la designación o nombramiento tiene origen en un conjunto de electores (y de votos), necesariamente emana de un organismo plural. Por consiguiente, para que un cargo pueda ser calificado como “de elección”, no basta con que a lo largo del proceso de selección o escogencia participen varias personas (naturales o jurídicas), en diferentes etapas o momentos, sino que resulta necesario que en el acto mismo definitorio de la elección intervenga la voluntad de varias personas, de tal manera que la decisión se tome por mayoría de votos.

(iii) Por ser el voto o sufragio manifestación de un derecho de naturaleza política, la decisión de cada votante y la que resulte de la mayoría son de carácter libre. Las decisiones de naturaleza electoral son incompatibles con la selección determinada por el principio del mérito, pues en este último sistema la escogencia debe recaer necesariamente en la persona que haya obtenido el mayor puntaje o calificación, de acuerdo con las reglas del respectivo concurso o proceso de selección.

(...)

Las observaciones anteriores sobre la forma en que está regulado el periodo de los miembros de la Junta Nacional de Televisión, permiten ratificar que dicho periodo no puede ser “institucional” sino que es “personal” o “individual”, pues no habría ninguna razón para que la persona designada o escogida con el fin de ocupar dicho cargo, en reemplazo de quien haya renunciado o falte en forma absoluta por otro motivo sólo pueda ejercer su cargo por el tiempo que le restara a dicho servidor.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina.*

D. DISCIPLINARIO

SANCIÓN DISCIPLINARIA

Caducidad

2 de diciembre de 1993

Radicación CE-SC-RAD1993-N551

...«Cuando la Procuraduría General de la Nación establece la existencia de una infracción disciplinaria y determina la sanción correspondiente, la impone por medio de un acto administrativo, el cual debe ser expedido dentro del término de cinco años previsto por el artículo 12 de la ley 25 de 1974. Impuesta la sanción, procede su cumplimiento una vez adquiera firmeza. Si se trata de destitución o suspensión, el nominador expedirá el respectivo acto de ejecución, dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud de la Procuraduría, así hayan transcurrido más de cinco años desde la comisión del último acto constitutivo de la falta. El deber del nominador es actuar de conformidad con la solicitud de la Procuraduría, siempre que no haya transcurrido el término de prescripción de las sanciones disciplinarias establecido por el art. 38 del Código Contencioso Administrativo, que es de tres años contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria del acto que impone la sanción.»...

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,
Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco.*

MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Régimen disciplinario especial

18 de diciembre de 1995

Radicación 418-CE-SC-EXP1995-N757

...«La Ley 200 en materia disciplinaria podía derogar disposiciones, no solamente generales sino especiales, siempre que tuvieran origen en otra ley de sus características, como expresión de la voluntad del legislador al determinar la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, mas no estaba autorizada para subrogar regímenes disciplinarios especiales prescritos en la Constitución Política y que tienen en ella su fuente directa. Es comprensible entonces que los regímenes disciplinarios especiales señalados en la Constitución sean oponibles a cualquier otro régimen disciplinario, sin perjuicio de la potestad de supervigilancia disciplinaria atribuida a la Procuraduría General de la Nación. Conforme a los artículos 118 y 277-6 de la ley fundamental, es al Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, a quien corresponde ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; por lo tanto, puede avocar, mediante decisión motivada, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público (Ley 200 / 95, arts. 3° y 47). El procedimiento que se debe seguir para juzgar las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, es el consagrado en los regímenes disciplinarios especiales aplicables a este personal.»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, César Hoyos Salazar.*

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Régimen disciplinario

29 de marzo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N808 (808)

...«1. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación se rigen en materia disciplinaria por el decreto-ley 2699 de 1991, que constituye su régimen especial, y no por la ley 200 de 1995.

Sin embargo, los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que son sus fiscales, deben ser investigados y sancionados, con sujeción al procedimiento prescrito en dicho decreto, por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de sus consejos seccionales, según el caso.

2. Una de las consecuencias de la autonomía administrativa que para la Fiscalía General de la Nación contempla el artículo 249 de la Constitución, es el régimen legal propio en materia disciplinaria, el cual le permite disciplinar a sus empleados. Respecto del Vicefiscal y de los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales, que son considerados funcionarios judiciales en la ley estatutaria de la administración de justicia, la función disciplinaria está atribuida, en única instancia, a la Sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (*ibidem*, art.112-3).

3. Los fiscales, en su expresión genérica, que comprende a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito, los jueces regionales, los jueces de circuito, los jueces de menores, los jueces penales municipales y promiscuos, tienen la calidad de funcionarios judiciales.

4. La calificación de funcionarios judiciales que tienen los fiscales, conduce a que sean investigados y eventualmente sancionados por la

jurisdicción disciplinaria, que forman las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de sus consejos seccionales. La competencia será la establecida en relación con los demás funcionarios judiciales (magistrados y jueces), siguiendo esta escala de similitud:

- El Fiscal General de la Nación, por el Congreso de la República conforme a los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución;

- El Vicefiscal y los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales, en única instancia por la Sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura;

- Los demás fiscales, en primera instancia por las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura.

5. A pesar de que el artículo 118, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, señala que “los directores de todos los niveles tendrán igualmente la calidad de fiscales delegados”, una ley posterior, la 270 de 1996, artículo 125, atribuye la calidad de funcionarios judiciales, únicamente a los fiscales. Por consiguiente, con respecto a los directores de fiscalías, la Fiscalía General de la Nación conserva la autonomía y facultad de adelantar las actuaciones disciplinarias en contra de ellos, sin que haya lugar a discriminar por razón de la clase de actuaciones que se realicen.

6. El artículo 176 de la ley 200 establece un régimen de transitoriedad, según el cual los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley (4 de octubre de 1995) se encontraban con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior. En la eventualidad de que hubiese variado la competencia -como es el caso de los fiscales-, el proceso disciplinario debe remitirse al funcionario competente, para que este asuma y prosiga la investigación o resuelva el recurso interpuesto, solamente a partir del 15 de marzo de 1996, cuando entró a regir la ley estatutaria de la administración de justicia, por cuanto es ésta la que modifica la competencia en relación con el Vicefiscal y los fiscales delegados ante la Corte Suprema y los tribunales.

Respecto de los “demás fiscales”, en la terminología empleada por la Sala, no se atribuyó competencia específica a las salas disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura, pues el artículo 114-2 se limitó a disponer que conocerán en primera instancia “de los procesos disciplinarios contra los jueces y los abogados por faltas cometidas en el territorio de su jurisdicción”. Sin embargo, la Constitución comprendió dentro de su

competencia a “los funcionarios de la Rama Judicial..., en la instancia que señale la ley” (art.256-3).

7. El artículo 48 de la ley 200 de 1995, que asigna a una oficina del más alto nivel la investigación de los procesos disciplinarios contra los servidores de la respectiva entidad estatal, no es aplicable a la Rama Judicial. De modo que con fundamento en dicha norma, la Oficina de Veeduría de la Fiscalía General de la Nación no está autorizada para “conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, bien sean funcionarios o empleados”.

8. La competencia de la Oficina de Veeduría no deriva del artículo 48 de la ley 200 y, por ende, no puede ni “conocer” ni investigar en primera instancia sobre todos los procesos disciplinarios que se surtan en la Fiscalía. Sus funciones son las asignadas por el decreto 2699 de 1991.

9. De conformidad con el decreto-ley 2699 de 1991, que es el aplicable, la sanción de destitución dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten en la Fiscalía General de la Nación, debe ser impuesta por la autoridad nominadora (art.111), providencia contra la cual se puede interponer el recurso de reposición, o el de apelación si no hubiere sido dictada por el Fiscal General (art. 130, inciso final). También del artículo 129 se deduce que no procede su imposición sino por el nominador, porque prescribe que si el superior inmediato considera que la sanción aplicable es la destitución, deberá remitirle el expediente para su decisión y fallo.»...

Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Roberto Suárez Franco.

PROCESOS DISCIPLINARIOS

Reserva

27 de julio de 2000

Radicación: CE-SC-RAD2000-N1284(1284)

...«Para esta Sala hay una incongruencia en la sentencia 038 de 1996 de la Corte Constitucional, entre su parte motiva, donde expresa: “que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica” y la resolutive, donde dice: “que la reserva que en ellos se consagra se ha de levantar tan pronto se practiquen las pruebas decretadas en la oportunidad legal y, en todo caso, una vez expire el término señalado en la ley para la investigación” (la cursiva no es del texto original).

La incongruencia también se da frente a la ley 200 de 1995, porque de acuerdo con ésta, vencido el término de la investigación disciplinaria y hasta 30 días después, prorrogable por 30 días más, según la gravedad de la falta, el funcionario procederá a su evaluación mediante la formulación de cargos o archivo del expediente. Si se formulan cargos, el disciplinado dispondrá de un término de 10 días, contado a partir del día siguiente a aquél en se le haga entrega del auto de cargos o de la desfijación del edicto, para presentar sus descargos y pedir o aportar pruebas, las cuales se decretarán y practicarán dentro de los términos previstos en los artículos 153 y 146, respectivamente. Este último artículo fija el término para la investigación disciplinaria según la falta; si es grave, es de hasta nueve (9) meses y si es gravísima es de hasta doce (12) meses, prorrogable por otros doce (12).

Para esta Sala, si se levanta la reserva una vez expire el término señalado en la ley para la investigación, se desvirtúa la presunción de inocencia, el ejercicio del derecho de defensa y el derecho de contradicción de la prueba, porque sólo después de la evaluación prevista en los artículos 148 y 149 de la ley 200 se conocerá si hay cargos, mientras tanto debe imperar la presunción

de inocencia. Y si hay lugar a la formulación de cargos, sólo después de éstos puede ejercitarse la defensa mediante la presentación de descargos y petición de pruebas. Practicadas éstas se habrá garantizado el derecho de contradicción de las recaudadas.

Por consiguiente, si los incisos 1º y 2º del artículo 33 de la ley 190 fueron declarados exequibles, y en el primero se dice que la reserva cubre los respectivos descargos y que los fallos serán públicos, debe entenderse que la reserva va hasta el momento en que se hayan practicado las pruebas o una vez expire el término consignado en la ley para practicarlas.

A partir del momento en que se levanta la reserva, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, cualquier persona puede acceder al expediente y la actuación posterior es pública, así como el fallo respectivo.

El carácter público del fallo se encuentra ratificado por el artículo 79 del Código Disciplinario Único, la ley 200 de 1995, que establece el principio de publicidad de los procesos disciplinarios solamente en cuanto a las decisiones y su registro.»...

*César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

PODER SANCIONADOR DEL ESTADO

Potestad disciplinaria y derecho administrativo sancionatorio

30 de octubre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00392-00 (2159)

...«La administración no se limita a ejercer la potestad sancionatoria en el ámbito interno, sino que, bajo la justificación de la protección del orden social general la ejercita sobre todos los asociados sin que sea preciso que exista para su ejercicio una relación de sujeción especial. El fundamento de la potestad sancionatoria administrativa está en “*el deber de obediencia al ordenamiento jurídico*” que la Constitución Política en sus artículos 4 inciso segundo, y 95 impone a todos los ciudadanos.

(...)

1. La administración al hacer uso de la potestad disciplinaria tutela su orden interno, en cambio al ejercer la potestad sancionatoria administrativa no está autotutelando sus propias exigencias de funcionamiento, sino tutelando el orden social en su conjunto.

2. Respecto de los destinatarios de la potestad disciplinaria al desarrollarse esta en el plano interno de la administración y en razón a la función de subalternidad frente al Estado que surge del ejercicio de la función pública, sus destinatarios no son otros que los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas.

3. Teniendo en cuenta que la potestad sancionatoria administrativa es ajena a la disciplina y rigor de la jerarquía del derecho disciplinario y que su ejercicio se justifica en aras de preservar el orden público y en razón del deber de obediencia de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico su campo de aplicación cubija a todos los asociados.

4. El titular de la potestad disciplinaria es el Estado a través de las autoridades, en la potestad sancionatoria administrativa no solo es titular la administración y por ende las autoridades propiamente dichas, sino también los particulares que ejercen funciones administrativas, quienes, por tal razón, se comportan como autoridades.

5. En el derecho administrativo disciplinario la sanción se impone como supremacía del Estado sobre el funcionario por conductas que vulneren el ordenamiento jurídico de tipo funcional. En el derecho sancionatorio administrativo, la sanción se impone por la violación del deber jurídico del ciudadano frente a la administración pública.

6. En el derecho disciplinario la reprochabilidad de las conductas que se consideran falta se predica exclusivamente de personas naturales. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionatorio se extiende no sólo a personas físicas sino también a personas jurídicas.»...

*William Zambrano Cetina, Germán Alberto Bula Escobar,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas.*

II. DERECHO LABORAL COLECTIVO

FUERO SINDICAL

Supresión de empleo de empleado público

2 de junio de 1995

Radicación: CE-SC-RAD1995-N688

...«Los trabajadores oficiales con fuero no pueden ser desmejorados en sus condiciones laborales sino cuando exista “justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo”. En las mismas condiciones se encuentran los empleados públicos, pero a su respecto, como quiera que la ley no ha señalado el procedimiento pertinente a esta materia, cuando se trate de supresión de empleos, deberán trasladarse a otros equivalentes si fuere posible de manera que no se altere su condición laboral, sin perjuicio del evento cuando coincidan en un mismo funcionario la existencia de fuero y carrera en cuyo caso los beneficios que a estos corresponden se aplican plenamente, incluida la alternativa de la indemnización. Las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo se tasan de conformidad con los artículos 42 y 50 del Decreto 2127 de 1945, así: las de contratos a término definido con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que falta para cumplir el plazo pactado. Los empleados públicos sindicalizados a quienes se suprime el empleo y no estén en la carrera administrativa no tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas. La indemnización por terminación del contrato de los trabajadores oficiales, se debe cancelar en forma previa o simultánea a la conclusión de la relación laboral.»...

*Humberto Mora Osejo (con salvamento de voto), Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SINDICATO

Subdirectivas y comités seccionales

6 de junio de 1995

Radicación: 48CE-SC-EXP1995-N694

...«No es jurídicamente viable la creación de subdirectivas seccionales mediante la suma de afiliados a un sindicato en varios municipios, porque el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 dispone que tales subdirectivas solamente pueden conformarse en municipio distinto al del domicilio principal y en el que tenga el sindicato “un número inferior a veinticinco (25) miembros”. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe negar la inscripción de aquellas directivas seccionales sindicales que hayan sido conformadas por afiliados de varios municipios, porque esta forma de integración es contraria a la regulación prevista en la Ley 50 de 1990. Las subdirectivas seccionales o sindicales, una vez creadas conforme a la ley, pueden ampliar su órbita de cobertura y representar afiliados al sindicato de un municipio o municipios distintos al de su domicilio, siempre que no exista el número mínimo de miembros para crear su propia subdirectiva seccional o el comité respectivo.»...

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SINDICATO

Clases. Representación sindical

30 de agosto de 1995

Radicación: 219-CE-SC-EXP1995-N710

...«El artículo 40 de la ley 50 de 1990 que modificó el art. 356 del Código Sustantivo de Trabajo, clasifica los sindicatos de los trabajadores del modo siguiente: De empresa (anteriormente denominados de base), si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios a una misma empresa, establecimiento o institución; de industria o por la rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas en la misma industria o rama de actividad económica; gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y de oficios varios, si están formados por trabajadores de diversas profesiones.

(...)

La mayoría autorizada para llevar la representación sindical será entonces, en los sindicatos de empresa, la dispuesta en el art. 357 del Código Sustantivo de Trabajo en concordancia con el art. 26 del decreto 2351 de 1965, conforme al cual «subsistirá el que tenga mayor número de afiliados»; y en los sindicatos gremiales, el que acredite un número de afiliados no inferior a setenta y cinco (75%) de los trabajadores de una misma profesión, oficios o especialidad en una empresa, por mandato del art. 3o., numeral 5o. de la ley 48 de 1968. Para negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo, los sindicatos y gremios de funcionarios de seguridad social deben acreditar la mayoría de afiliados consistente en el setenta y cinco (75%) o más de trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio del Instituto de Seguros Sociales.

(...)

Si bien la ley 48 de 1968, en el numeral 5o de su art. 3o., que atrás se transcribió, prescribe que el acuerdo a que se llegue con el sindicato gremial correspondiente, formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa, para el caso de los funcionarios de seguridad social existen disposiciones especiales, de aplicación preferente. De conformidad con dicha normatividad, contenida en el decreto 2589 de 1980 con las modificaciones introducidas por el decreto 3036 de 1982, el tratamiento jurídico que debe darse a las respectivas convenciones colectivas de trabajo, celebradas con los sindicatos con reconocimiento jurídico y que acrediten la mayoría requerida, comprende: La negociación, la adopción de los convenios, la firma y la aprobación. Las convenciones colectivas que se celebren con los sindicatos gremiales constituidos por funcionarios de seguridad social, y que acrediten la mayoría a que se refiere el numeral anterior, son independientes y no constituyen capítulos especiales de la convención colectiva de trabajo que se suscriba con el sindicato de empresa.»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

Actividades sindicales y comisiones de carácter permanente

5 de febrero de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N780 (780)

...«Como se ha visto, el derecho de asociación sindical en favor de los empleados públicos tiene reconocimiento en la Carta Política como derecho fundamental; e incluso, el Constituyente de 1991 amplió la figura del fuero sindical a los representantes de los sindicatos de empleados públicos. Así las cosas, resulta lógico pensar que deba dotárseles de los mecanismos que les permita ejercer «las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión», tal como lo consagra el inciso 4o. del artículo 39 de la Constitución, y que no es otra que las actividades reseñadas en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo.

Obviamente, si según el artículo 123 de la Constitución, inciso 2o., «los servidores públicos...ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento», y si conforme a dicha norma están al servicio del Estado y de la comunidad, y si como lo señala el artículo 209 ibidem, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, el ejercicio de actividades sindicales por parte de las asociaciones sindicales de empleados públicos solo puede ejercerse dentro de los parámetros que definen el ejercicio de la función pública.

De ahí que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo (que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de marzo 10 de 1994) consagre la prohibición para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, y consiguientemente declarar o hacer la huelga, lo cual resulta como consecuencia de la relación legal y reglamentaria que existe entre estos y el Estado.

Por lo mismo, tampoco es viable que en aras del ejercicio del derecho de asociación sindical, los empleados públicos puedan dedicarse permanentemente a ejercer actividades sindicales, cuando es sabido que la interrupción de las funciones propias del cargo que se desempeña solo procede en los términos en que la ley señale.

Y precisamente, ni en el régimen general de los empleados públicos ni en el especial que rige al personal docente, tiene consagración la figura de los «permisos sindicales». Sin embargo, la base legal para que los docentes que ejerzan la representación sindical puedan realizar actividades sindicales, se encuentra en el artículo 66 del decreto 2277 de 1979, que señala que el educador escalafonado en servicio activo puede ser comisionado en forma temporal para adelantar otras actividades de carácter profesional o sindical.

Desde luego, como esta modalidad de comisión no tiene desarrollo legal, su otorgamiento ha de entenderse con las limitaciones propias que la calidad de empleado público impone, como es el cumplimiento de las funciones propias del empleo que desempeña. De ahí por qué se descarta el otorgamiento de comisiones de carácter permanente, por lo menos mientras no exista regulación legal al respecto.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

Derecho de sindicalización. Pago adicional para directivos docentes

2 de diciembre de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00045-00(2250)

...«Así las cosas la Sala concluye que la remuneración adicional prevista para los directivos docentes se debe mantener para quienes se encuentren en permiso sindical.

Deducir que por no ejercer el cargo directivo docente durante el permiso sindical no se puede reconocer y pagar la remuneración adicional, llevaría a sostener de forma paralela que por no ejercer temporalmente las funciones en las condiciones anotadas tampoco se podría pagar la asignación básica, lo que no solo choca con el derecho de sindicalización sino que afecta la protección especial al salario y sería un planteamiento regresivo en materia laboral que desconocería el principio *pro operario*.»...

*Germán Alberto Bula Escobar, Álvaro Namén Vargas,
William Zambrano Cetina.*

CONVENIONES COLECTIVAS

Normas disciplinarias

13 de febrero de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N779 (779)

...«La convención colectiva está destinada a “fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” (art. 467 C.S.T.). Sobre el particular, se agrega que la convención colectiva para la consulta que ocupa a la Sala, es un acuerdo entre trabajadores oficiales y el Estado o entidades estatales, que no puede oponerse a la facultad disciplinaria consagrada en la Constitución Política, por medio de la ley y con carácter general, donde se determina la forma cómo los servidores públicos –incluidos los trabajadores oficiales– deben cumplir las funciones y responder por sus omisiones o extralimitaciones, desarrollando los preceptos superiores previstos en los artículos 6°, 123 y 124 de la Constitución Política.

La convención colectiva de trabajo en este caso se aplica, entre determinados trabajadores oficiales y el Estado, en tanto que la ley disciplinaria, según quedó consignado, es un mandato de la voluntad soberana de ese mismo Estado que abarca a todos los servidores públicos, por ello a sus disposiciones no pueden oponerse reglamentos en estas materias.

(...)

Finalmente el principio de favorabilidad es un medio de interpretación a situaciones para la aplicabilidad de la ley en materias de carácter penal, laboral y aun disciplinario que pueden presentarse entre disposiciones del mismo orden. El artículo 15 de la Ley 200 de 1995, lo que ha querido expresar es que cuando, por razón del desarrollo de la normatividad disciplinaria, se llegue a encontrar varias leyes atinentes a un mismo asunto, deberá optarse por aplicar aquella que sea más favorable al

investigado disciplinariamente. Pero el principio resuelve un eventual conflicto de legislaciones y no puede hacerse extensivo a la contraposición entre reglamentos consignados en convenciones colectivas y la ley, cuando se trate de materias de carácter disciplinario.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

EMPLEADOS PÚBLICOS

Derecho de asociación sindical

22 de mayo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N820 (820)

...«Los empleados públicos no pueden beneficiarse de convenciones colectivas de trabajo, ya sean celebradas por sindicatos de trabajadores oficiales o por sindicatos mixtos, si con las mismas se modifica el estatuto legal a que se encuentran sometidos. En relación con ellos, primará siempre la ley sobre la convención, aunque en la última modalidad serán admisibles beneficios de otro tipo.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

EMPLEADOS PÚBLICOS

Medidas de protección laboral por desplazamiento forzado

15 de agosto de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1428 (1428)

...«No se ha referido, pues de manera concreta, el legislador al reconocimiento y pago de salarios de empleados públicos desplazados por la violencia. Sin embargo, principios orientadores de la interpretación y alcance de los derechos que los protegen, como los de “acceder a soluciones definitivas de su situación” y el de “regreso a su lugar de origen”, amén de la responsabilidad del Estado de adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado y la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, conducen a la Sala a considerar que aquél está obligado a neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia, a través de medidas que garanticen a los empleados públicos desplazados, medios necesarios para proveer sus propias formas de subsistencia, a través de la reincorporación a la vida laboral y su retorno voluntario a su zona de origen o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento. El Estado, pues, está en el deber de asumir una posición activa hasta tanto se logre la consolidación y estabilización socioeconómica del desplazado, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento.

En el caso concreto de los empleados públicos, víctimas de desplazamiento forzado por razones de violencia, de coacción injusta ejercida sobre ellos por los grupos armados al margen de la ley y de los continuos enfrentamientos entre la Fuerza Pública y éstos, hace necesario adoptar medidas para su protección, entre las cuales se destaca el traslado o la reubicación, con suficiente justificación constitucional, si se tiene en cuenta que es finalidad del Estado garantizar la efectividad de todos los derechos de los coasociados, entre ellos, la vida, la igualdad – en tanto se garantiza la misma protección

y trato de las autoridades-, la paz, la libertad, los de libre circulación y residencia, el derecho al trabajo y el de no ser molestado en su persona o familia – arts. 11, 13, 22, 24, 25 y 28 de la C. P.

(...)

Ahora, la protección estatal para los desplazados por razones de violencia, en una cultura humanística, encuentra su razón de ser, entre otras, en el principio de solidaridad -art. 95 de la Carta - el cual, en el caso de los empleados públicos de carrera, reviste una modalidad atenuada, pues estos deben continuar prestando sus funciones en otra sede, de manera que su manifestación –como se anotó– privilegia no la función pública en sí misma, sino el derecho a la vida y a la integridad personal. Bajo esta óptica y dado que el artículo 71 de la ley 443 sólo autoriza la reubicación de los empleados públicos inscritos en carrera administrativa, surge el interrogante acerca del tratamiento que debe darse a los empleados públicos no escalafonados.

La Sala encuentra que la norma aludida solo podía regular la materia propia de la carrera dada su especialidad. Sin embargo, surgen varios hechos relacionados con los empleados públicos no inscritos víctimas de desplazamiento forzado, que deben sopesarse.

(...)

Para la Sala resulta claro que la situación de hecho existente es idéntica desde el aspecto objetivo: existen amenazas contra la vida de unos empleados públicos a los cuales el Estado tiene el deber de proteger. La solución de la reubicación y del desempeño en lugares distintos a la sede habitual cumple con el principio de igualdad en el tratamiento.

La estabilidad en el empleo derivada de la condición de empleado de carrera genera la protección especial de que esta clase de servidores gozan y el sistema que gobierna la administración del personal escalafonado garantiza y facilita la protección debida. Los funcionarios de libre nombramiento sin perjuicio de gozar de una estabilidad relativa, están sujetos a las contingencias propias del ejercicio de la función pública en un país en guerra. Entonces surgen otros interrogantes: frente a una amenaza permanente a un determinado funcionario debe existir una garantía de estabilidad laboral del mismo orden? Resulta conforme a la protección constitucional al derecho al trabajo que la administración ante esta situación declare la insubsistencia?

La Sala estima que ante la grave perturbación del orden público que padece el país, la cual impone medidas de excepción que permitan conciliar de manera equilibrada los intereses particulares de los empleados aludidos con los intereses generales, que sin desproteger a estos garantice la continuidad de la prestación de los servicios y la adecuada marcha de la administración.

(...)

Salta a la vista, la tensión existente entre la facultad discrecional de libre remoción, condicionada al sentido de oportunidad y conveniencia de la administración para el logro de los fines del Estado, que siempre son los del bien común, y el cumplimiento de los deberes sociales del mismo, aunado a la garantía y efectividad de los derechos de los asociados. En este orden de ideas, podría concluirse, en principio, que el interés general prevalece frente a esta tensión, pues de por medio se encuentra el cumplimiento de la función pública. Sin embargo, deben tenerse en cuenta, para efectos de dilucidar el asunto, varias circunstancias que deberán ser sopesadas en cada caso concreto por el nominador: la ausencia del empleado con ocasión del desplazamiento forzado, no constituye causa de ruptura, per se, de la relación laboral y por el contrario produce vacante temporal por fuerza mayor, lo cual justifica la ausencia del empleado.

Así las cosas, el ejercicio de la facultad discrecional de remoción está mediado por estas circunstancias y, por tanto, las razones de oportunidad y conveniencia deben contrastar el peso de los intereses de la administración con la garantía de dos derechos fundamentales: el de la vida y el del trabajo...»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

EMPLEADOS PÚBLICOS

Derecho de asociación sindical

24 de julio de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00026-00(1893)

...« De acuerdo con el marco constitucional y legal descrito, la Sala observa lo siguiente en relación con los aspectos más relevantes de esta consulta:

1. Los sindicatos de empleados públicos tienen derecho a la asociación sindical y a la negociación colectiva en los términos reconocidos en la Constitución Política, la ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

2. En especial y con las limitaciones legales, los sindicatos de empleados públicos tienen derecho a acudir a diversas formas de negociación colectiva como la presentación de peticiones, reclamaciones y consultas sobre las condiciones de trabajo, las relaciones empleado-empleador y las relaciones sindicato-empleador.

3. Estos derechos tienen como sujeto pasivo al Estado, quien tiene el deber de facilitar y promover su ejercicio, en un escenario de participación y concertación. Especialmente, las autoridades y superiores jerárquicos de las entidades tienen el deber de responder y procurar, dentro del marco de la ley, la debida “solución” de las peticiones y reclamaciones de los sindicatos de empleados públicos (art.415 C.S.T).

4. Los Convenios 151 y 154 de la OIT refuerzan y amplían el ámbito de protección de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva en una relación de doble vía con la legislación interna, a partir de una cláusula general de favorabilidad de la situación más beneficiosa para el trabajador; en todo caso, como tales derechos tienen respaldo constitucional y legal aún

antes de la incorporación al derecho interno de las referidas convenciones, las negociaciones colectivas iniciadas o adelantadas antes de su ratificación con los sindicatos de empleados públicos, tienen validez dentro de los límites legales. Por tanto, debe entenderse que la entrada en vigencia de las Convenciones 151 y 154 de la OIT viene a reforzar -que no a desmejorar- el valor de las negociaciones colectivas que, dentro del marco de la Constitución y la ley, se hubieran adelantado tanto antes como después de su incorporación al derecho interno.

5. Si bien la implementación de mecanismos que establezcan el alcance del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos corresponde al legislador, quien puede establecer límites y condiciones para su ejercicio, la falta de una legislación interna que desarrolle el contenido de los Convenios 151 y 154 de la OIT no es razón suficiente para negarles su valor normativo ni para restringir el derecho de los sindicatos de empleados públicos a asociarse y a procurar mecanismos de negociación colectiva. En consecuencia, mientras el legislador desarrolla la materia, le corresponde a la Administración garantizar, dentro de los límites legales, el ejercicio de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva de los empleados públicos.

6. En todo caso, el ejercicio de estos derechos deberá hacerse dentro de los límites establecidos por el legislador, en especial teniendo en cuenta la imposibilidad de presentar “pliegos de peticiones” y suscribir “convenciones colectivas”, así como la facultad del Estado de establecer unilateralmente el régimen salarial y prestacional de sus servidores, de acuerdo con la distribución de competencias prevista en la Constitución Política con base en la técnica de las leyes cuadro o marco (art.150-19). Por tanto, las entidades de la Administración no podrán disponer autónomamente sobre tales materias, aún cuando sí sobre otros aspectos que dentro de la órbita de sus atribuciones faciliten la negociación colectiva con los sindicatos de empleados públicos, así como el ejercicio por parte de éstos de su derecho de asociación sindical.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo (con salvamento de voto),
William Zambrano Cetina.*

III. RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Competencia del Congreso para fijar el régimen prestacional

8 de octubre de 1992

Radicación: 116-CE-SC-EXP1992-N457

...«La Nueva Constitución promulgada el 7 de julio de 1991 atribuye igualmente al Congreso de la República la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y agrega: “De los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”. También es función del órgano legislativo del Estado, la regulación del régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales.

En cuanto al ejercicio de las funciones concernientes al régimen de prestaciones sociales de los empleados y trabajadores del sector público, dispone la Carta Política que son indelegables en las corporaciones públicas territoriales (asambleas departamentales y concejos municipales) y, más aún, que éstas “no podrán arrogárselas”. (artículo 150, numeral 19, letras e. y f).

Resulta pertinente sostener que de acuerdo con las anteriores prescripciones constitucionales, es competencia privativa del Congreso, que ejercerá por medio de leyes, la regulación del régimen prestacional de los empleados públicos.

(...)

Siguiendo, pues, la orientación jurídica expresada en normas constitucionales y legales, las prestaciones sociales de los empleados oficiales, municipales - y para el caso de la consulta, también de los pertenecientes al nivel distrital- se encuentran consagradas en disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el normativo, es preciso partir de 1945, año al

que corresponden la ley 6a. y los Decretos 1600 y 2767. Con posterioridad fueron dictadas Leyes tales como la 65 de 1946, la 24 y la 72 de 1947, la 48 de 1962, la 5 de 1969, la 4 de 1976, la 33 de 1985 y la 71 de 1988, así como los respectivos decretos de carácter reglamentario.

Por consiguiente, las disposiciones legales y reglamentarias que establecen prestaciones sociales para los empleados oficiales al servicio de las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios), la determinación de los hechos que las originan, los elementos que las estructuran, la forma de liquidarlas y su cuantía, no pueden ser modificadas por ordenanzas departamentales, ni por acuerdos municipales, ni por autoridad alguna de la administración central o descentralizada de tales entidades, sin incurrir en un típico caso de usurpación de funciones públicas.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

BANCO DE LA REPÚBLICA

Naturaleza jurídica y obligaciones en materia de previsión social

3 de febrero de 1994

Radicación CE-SC-RAD1994-N581

...«Para que esté en condiciones de ejercer adecuadamente las funciones de banca central y de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, representando sus directivos “exclusivamente el interés de la nación”, el Banco de la República ha sido estructurado por la Constitución Política de 1991 (artículos 371 y 372) y en su desarrollo contenido en la Ley 31 de 1992, como una entidad que dentro del Estado dispone de ciertas características, especiales y singulares, que no permiten confundirlo con las llamadas en el vocabulario anterior a las reformas Constitucional y Administrativa de 1968, institutos descentralizados o establecimientos públicos ni con ninguna de las formas que pueden adoptar, desde entonces, las conocidas genéricamente con el nombre de entidades descentralizadas, dentro de las cuales es preciso distinguir a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta asimiladas a empresas estatales. Efectivamente, el Banco de la República funciona como organismo estatal de rango constitucional, estando organizado como persona jurídica de derecho público, con régimen legal propio y de naturaleza única y especial, dotado de autonomía administrativa, patrimonial y técnica; y sujeto exclusivamente a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, la Ley 31 de 1992 y sus estatutos.

(...)

Como el Banco de la República es persona jurídica distinta de la Nación, las entidades territoriales y los establecimientos públicos, que son los sujetos pasivos del impuesto de previsión social establecido en el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966, los pagos que realice por toda cuenta o nómina, no causan dicho impuesto. Al no generarse el impuesto, la entidad no está obligada a

recaudarlo. Mientras los empleados y trabajadores del Banco de la República estén afiliados al instituto de seguros sociales, el Banco deberá efectuar los pagos correspondientes a los aportes patronales, de conformidad con las normas vigentes que regulan la materia, con el fin de contribuir al pago de las prestaciones sociales de dichos servidores. En el mismo sentido, si la Caja de Previsión Social del Banco de la República se reorganiza y asume el pago de las pensiones de los empleados y trabajadores de esta entidad bancaria, los aportes para financiamiento le deberán ser girados directamente.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo.*

PRESTACIONES SOCIALES

Creación por autoridades territoriales

22 de abril de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N790(790)

...«1.2 *Disposiciones departamentales sobre prestaciones sociales.* La Constitución de 1886, con las modificaciones introducidas hasta su derogación por la de 1991, disponía que la ley determinará las condiciones de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público (art. 62), atribuía al Congreso la competencia para fijar el régimen de prestaciones sociales (art. 76 ord. 9) y limitaba la función de las Asambleas Departamentales a 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 (art. 187 num. 5). No obstante lo anterior, algunas asambleas por medio de ordenanzas establecieron o regularon prestaciones sociales para empleados departamentales, entre ellas la pensión de jubilación.

La Constitución de 1991 asigna al Congreso la función de dictar una ley marco con sujeción a la cual el Gobierno debe fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales (art. 150 numeral 19, letras e) y f). Y agrega la Carta Política: “Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas”. Este principio lo reitera el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dictada por el Congreso para señalar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 146 se ocupa de las situaciones jurídicas de carácter individual configuradas por el reconocimiento de pensiones de jubilación, con base en disposiciones municipales o departamentales, a favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a esas entidades territoriales o a sus organismos descentralizados. Esas disposiciones se dictaron por algunas asambleas departamentales y concejos municipales sin competencia para hacerlo. El mismo artículo 146 califica de extralegales aquellas disposiciones en materia de pensiones de jubilación. Por tanto no puede hablarse de derechos adquiridos, sino de situaciones de hecho, a la cuales la Ley 100 de manera curiosa les da eficacia legal. La consecuencia que la ley da a esas situaciones individuales no significa que las disposiciones departamentales y municipales quedan purificadas de los vicios jurídicos que las afectan. Este no puede ser el significado y alcance de la mencionada norma, porque la infracción de la Carta Política no la sana una ley. Por eso esta Sala expresó en consulta absuelta el 7 de septiembre de 1995 que ella “consagra una extraña excepción frente a las normas constitucionales que rigen el sistema prestacional” (Rad. 720).»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

CONCEJALES

Derecho a la seguridad social

22 de mayo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N802(802)

...«Teniendo en cuenta los términos del artículo 312, inciso 3° de la Carta, los concejales tienen “derecho a honorarios por sus asistencia a sesiones” de acuerdo con la ley y la y garantía de su cobertura en materia de seguridad social, pero se puntualiza que el Estado no ha previsto tal garantía por causa del régimen laboral que ostente el beneficiario, sino en virtud de la universalidad “a todos los habitantes” trabajen o no, sean servidores o particulares. La aplicación de los textos constitucionales, artículos 312 y 48, respalda una seguridad social específica para los concejales que la ley determina como seguros de vida y salud o atención médico asistencial personal.

En cuanto a los demás aspectos de la seguridad social, habiéndose deferido a la ley en la norma superior, los concejales quedan sujetos a tal pronunciamiento, de donde se desprende que mientras la ley no incluya otros beneficios de seguridad social, esta materia no podrá entenderse en ningún sentido, como derechos laborales.

En conclusión, lo anterior significa que los concejales tienen derecho a la seguridad social de la misma manera como está prevista para cualquier otro ciudadano, sólo que corresponde a la ley determinar respecto a cada

grupo de servidores la forma y oportunidad como se debe efectuar el reconocimiento. En la actualidad los concejales tienen la seguridad social prevista en los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 34 del Decreto 1421 de 1993, en términos de “seguros de vida y de salud” y de otro lado, también debe advertirse que tal hecho de su inclusión en el régimen de pagos por el Estado tampoco es factor para derivar que en consecuencia sí tienen el estatus de empleado público o cualquier otro que implique prestaciones sociales, porque corresponde a la Constitución y a la ley determinar la naturaleza de la vinculación y el estatuto de sus condiciones especiales.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SERVICIO MILITAR

No hay vínculo legal de empleado público o contrato de trabajo

16 de septiembre de 1998

Radicación: CE-SC-RAD1998-N1144 (1144)

...«La prestación del servicio militar es una obligación constitucional, no hay vínculo legal de empleado público o contrato de trabajo con el Estado; por tanto, no se genera una relación de carácter laboral; sin embargo la ley establece en favor de quienes lo presten algunos derechos laborales equivalentes a los generados en dichas relaciones, según se analizará.

La ley distingue dentro de la prestación del servicio militar, la situación del conscripto que corresponde al tiempo transcurrido entre la presentación hasta el momento del juramento de bandera, a partir del cual asume el carácter de soldado; sin embargo, los efectos legales por la prestación del servicio se entienden desde el ingreso en calidad de conscripto hasta la fecha de retiro como soldado.

Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció recientemente en los siguientes términos:

“El servicio militar obligatorio constituye un deber u obligación de origen constitucional que está ligado a la necesidad de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, por lo que la prestación del mismo no tiene carácter laboral (en el cual la vinculación surge de una situación legal y reglamentaria que se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y la posesión del empleado, o de una relación de carácter contractual laboral), sino que constituye una obligación constitucional y legal para todo varón colombiano, respecto de la cual la ley establecerá las condiciones que eximen de la prestación del mismo (C-389 del 28 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso Administrativo)”.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo.*

SUSTITUCIÓN PATRONAL

Inalterabilidad de los derechos laborales

28 de junio de 1995

Radicación 77-CE-SC-EXP1995-N699

...«Con respecto a la sustitución patronal, el artículo 8º, de la Ley 6ª de 1945; los artículos 53 y 54 del Decreto 2127 de 1945 y 2º de la Ley 64 de 1946 determinan que la sustitución del patrono no interrumpe, modifica, ni extingue los contratos de trabajo celebrados por el patrono sustituido, quien deberá responder solidariamente con el sustituto durante el año siguiente a la fecha en que se consume la sustitución por todas las obligaciones anteriores derivadas de los contratos de trabajo o de la ley, debiendo el sustituto responder por las que surjan a partir de ese momento. De conformidad con las disposiciones citadas, el régimen laboral existente entre trabajadores y patronos no se altera por la sustitución patronal, por lo tanto los derechos que se deriven del contrato individual de trabajo o de los pactos o convenciones colectivas, permanecen incólumes y por ellos responden solidariamente los patronos sustituto y sustituido durante el año siguiente a la fecha en que tenga lugar la sustitución.»

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

SERVIDORES PÚBLICOS

Pago de salarios a secuestrados

25 de abril de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1413 (1413)

...«[S]in perjuicio de la imposibilidad de prestar el empleado los servicios correspondientes, no existe suspensión de la relación laboral y, por consiguiente, a pesar de no encontrarse en el servicio activo, no se desempeñan las funciones o tareas propias del cargo. De manera excepcional, el legislador autoriza -con fundamento en el riesgo derivado del cargo en sí mismo considerado o inherente a las funciones- reconocer los salarios y prestaciones a determinados beneficiarios. Lo anterior determina que se privilegia una ficción de prestación de los servicios, se protege la relación laboral existente -no hay lugar a solución de continuidad- y se otorga un tratamiento especial por razón del peligro que pesa sobre el servidor con motivo del ejercicio de sus funciones.

(...)

De esta manera, el hecho del secuestro de un trabajador no pone fin a la relación laboral; por el contrario, su continuidad se encuentra garantizada con el seguro colectivo mencionado.»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Sistema de seguridad social

24 de julio de 2002

Radicación: 11001-03-06-000-2001-01397-00 (1397)

...«Según lo ha precisado la Corte Constitucional, el servicio militar constituye, de una parte, una obligación de los colombianos de naturaleza constitucional, basada en el principio de solidaridad social -consagrado en el artículo 95 de la Carta- y en los compromisos que éstos tienen para con la sociedad, "...que corresponde a exigencias mínimas derivadas del deber genérico impuesto a los nacionales respecto del sostenimiento y defensa de la soberanía, la guarda del orden institucional y el mantenimiento del orden público..." y, de otra, un derecho exigible por la Patria; en desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales -desde la perspectiva del interés público-, pero también implica que el Estado al recibir los servicios en mención, está obligado a garantizar el imperio del principio de igualdad de las personas ante la ley, en el tratamiento a los servidores conscriptos. Agrega la Corte que "se trata de un deber en abstracto, cuyos contenidos concretos están sometidos a la Constitución y a la ley", y que su objetivo es "...apoyar a las autoridades democráticas, mantener la independencia y la integridad nacional, defender el territorio y la soberanía nacional, colaborar en la defensa de la convivencia pacífica, el mantenimiento de la paz y la efectiva vigencia de las instituciones"

De esta manera, el artículo 95 de la Constitución Política establece que "La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades..."

(...)

El colombiano que es llamado prestar el servicio militar ostenta la condición de servidor de la patria, por lo cual el literal a) del artículo 40 de la ley 48 de 1993 dispone que al término del mismo tendrá derecho a que por las entidades del Estado de cualquier orden, el respectivo tiempo le sea computado para efectos de cesantía, pensiones de jubilación y de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley.

A juicio de la Sala, este precepto rige tanto para quienes prestaron el servicio militar antes de la vigencia de la ley 48 de 1993, como para quienes lo prestaron después, habida cuenta que la norma no condiciona su aplicabilidad a ninguna circunstancia temporal y se refiere de modo genérico a "...todo colombiano que lo haya prestado...", conclusión que fluye del giro empleado y, además, porque la única condición exigida por el legislador para proceder al reconocimiento de los derechos consagrados en el artículo 40 es la de que el conscripto ingrese a la administración pública en cualquiera de sus órdenes, razón por la cual la efectividad del beneficio opera de forma automática una vez se haga procedente computar el tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión en el sector oficial -de jubilación o de vejez, atendiendo al régimen que corresponda -, o cuando se haga exigible la prestación, como en el caso de la cesantía.

Aunque la aplicación de esta norma, en los términos señalados, no ofrece duda para la Sala, si ella persistiera, sería del caso darle los alcances mencionados, en desarrollo de los principios de favorabilidad y de igualdad, que protegen el derecho a las prerrogativas aludidas de todos cuantos han prestado el servicio militar.»...

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo.*

REGÍMENES PENSIONALES ESPECIALES Y DE TRANSICIÓN

Extinción y expectativas legítimas

26 de noviembre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00102-00 (2038)

...«La redacción reiterativa de la reforma constitucional [Acto Legislativo 1 de 2005] no deja la menor duda de la voluntad del constituyente derivado de señalar el 31 de julio del 2010 como única fecha en la que deben terminar todos los regímenes pensionales diferentes al establecido o que establezca la ley como Sistema General de Pensiones, con las solas salvedades de los regímenes del Presidente de la República, los miembros de la Fuerza Pública y de las provisiones permanentes para los docentes, y transitorias para los trabajadores amparados por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional.

Así mismo, se refirió de manera expresa y específica a los regímenes consagrados en pactos, convenciones colectivas, laudos u otros acuerdos, para también reiterar su finalización definitiva en la misma fecha, esto es, el 31 de julio del 2010.

Del mandato constitucional resulta pues, evidente, que con las solas excepciones en él establecidas, más allá del 31 de julio del 2010, el reconocimiento de las pensiones sólo puede fundamentarse en el régimen general definido en la ley, a menos que el derecho se hubiere consolidado antes, porque como se indicó al inicio de este punto, la reforma tuvo el cuidado de incluir, de manera expresa y clara, el respeto por los derechos adquiridos, los requisitos necesarios para adquirir el derecho a la pensión y el concepto de causación de este derecho.

(...)

Es claro pues, que si bien al legislador corresponde proteger las simples expectativas cuando introduce modificaciones a regímenes pensionales existentes, debe hacerlo bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad que se enmarcan en los intereses sociales o de utilidad pública que sustenten las reformas, por lo cual se impone la definición de requisitos y condiciones y de un límite temporal.

En ese sentido el Acto Legislativo 01 del 2005 dispuso que desde su entrada en vigencia no podrían existir regímenes especiales ni exceptuados, con las excepciones expresamente identificadas en el mismo mandato; y, para proteger las expectativas de pensión bajo esos regímenes especiales, estableció unos límites temporales para que quienes pudieran reunir los requisitos exigidos por su régimen pensional, consolidaran el derecho; tales límites, correspondieron al plazo inicialmente estipulado, tratándose de pactos, convenciones u otros acuerdos, y al 31 de julio del 2010. Es decir, se ampararon las expectativas legítimas de quienes por razón de su régimen especial podían consolidar su derecho a pensionarse en el lapso comprendido entre la entrada en vigencia de la reforma constitucional y esa fecha del 31 de julio del 2010. En criterio de la Sala, la insistente mención de esa única fecha a lo largo del texto del acto legislativo 01 del 2005, no deja espacio para interpretar que puedan preservarse las expectativas pensionales que trasciendan esa fecha.»...

Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo, Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina.

CUOTAS PARTES PENSIONALES

Concurrencia de las entidades en el pago de las pensiones

26 de mayo de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00003-00(2280)

...«El sistema de cuotas partes pensionales se instituyó con la finalidad de que las entidades en las cuales el empleado o trabajador había servido o cotizado para su pensión, contribuyeran, a prorrata del tiempo servido o cotizado, con la caja o la entidad pagadora de la pensión. Hubo varios antecedentes normativos de este sistema, siendo de destacar para la época de operación del Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA, el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, referente al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, el cual contempló las cuotas partes pensionales cuando previó en la siguiente forma, mediante el artículo 72, la acumulación de los tiempos de servicios en distintas entidades oficiales, con la finalidad de alcanzar el tiempo exigido para la pensión de jubilación. Luego, el artículo 2º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985... reforzó la fijación del valor de las cuotas partes pensionales con el establecimiento de un silencio administrativo positivo, consistente en que si los organismos deudores no objetaban en el plazo perentorio de quince (15) días la liquidación de la pensión, se entendía que la habían aprobado y por lo tanto, quedaban obligados a asumir las cuotas determinadas por la entidad pagadora.

En síntesis, se aprecia que la cuota parte pensional es la suma con que una entidad concurre o contribuye, a prorrata del tiempo servido o cotizado en ella, al pago de una pensión a cargo de una caja o entidad pagadora de la misma. La cuota parte es la suma equivalente al porcentaje del monto de la pensión con que debe contribuir una entidad, de acuerdo con lo establecido al respecto en el acto administrativo de reconocimiento

de la pensión dictado por la caja o entidad pagadora, que se encuentre en firme. Dicho porcentaje está en función del valor de la pensión, de manera que si esta se reajusta, la cuota parte se debe reajustar en la proporción correspondiente.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

CONTRATACIÓN ESTATAL

I. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Exigencia de inclusión en el presupuesto no se refiere a los contratos de concesión, que se financian con recursos de los particulares

15 de febrero de 1965

Rad. CE-SC-RAD1965-N0215

...«El señor Ministro de Obras Públicas en nota No. 4-0021 del 22 de enero del corriente año formula una consulta, “preocupado el Gobierno Nacional de que por una rígida o muy severa aplicación de la Ley 4ª de 1964, ‘por la cual se dictaron disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos’, pueda presentarse una paralización de las obras públicas...“. Los inconvenientes que señala el señor Ministro son los siguientes: El artículo 7º de la Ley citada dice que “para proceder a abrir una licitación o concurso para la ejecución de una obra pública debe tenerse prevista la financiación dentro del plazo de ejecución de la obra y que en los casos en que las partidas deban apropiarse anualmente la entidad contratante deberá obligarse a incluir dentro de su proyecto de presupuesto anual tal financiación. Dice la consulta que “surgen varias dudas sobre esta disposición: a)... que no habiendo en Colombia estudios completos y dada la inestabilidad económica, francamente no es posible exactamente la financiación de una obra ni tampoco el plazo preciso de su ejecución.(...) Como se compagina la contratación y ejecución de obras públicas que las leyes han ordenado y que las necesidades nacionales requieren con urgencia si no se puede seguir el sistema del estimativo de una obra por precios unitarios o administración delegada, con trabajos imprevistos y reajustes económicos imprescindibles, sujeta su ejecución a las apropiaciones del Congreso y su pago a las mismas disponibilidades presupuestales anuales, aunque infortunadamente dada

nuestra penuria, demoren muchos años en su total terminación, porque, exagerando un tanto, bien podría decirse que las apropiaciones para inversión anual de un Ministerio como el de Obras Públicas apenas alcanzarían para la ejecución de una obra, si se tuvieran previamente todos los estudios necesarios y se dispusiera del personal y de los elementos requeridos.

(...)

Se contesta: Todas las obras públicas que diferentes leyes han ordenado deben incorporarse al presupuesto nacional hasta donde éste lo permita. Es cuestión de que al elaborar el proyecto se ponderen las razones de urgencia y necesidad de las diferentes obras para establecer la prelación de ellas. Para efectos de los reajustes de precios, la misma Ley 4ª de 1964 señala el camino a seguir en su artículo 11 ya citado. Los mandatos de los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional y el numeral 14 del artículo 120 de la misma, en nada se oponen a lo dispuesto en el artículo 7º comentado. El ordinal 4º dice que corresponde al Congreso “fijar los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse” y el 19: “decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas”. Lo anterior quiere decir que el Congreso Nacional, para ser consecuente con la misma ley que dictó, debe fijar los planes y programas de las obras públicas ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 4ª, es decir compaginando dichos programas con lo que el mismo Congreso destine en definitiva para el Ministerio de Obras Públicas.

(...)

No parece que el artículo 9º de la Ley 4ª de 1964 haya querido referirse a los contratos por el sistema de concesión, a base de cobro de tarifas, pontazgos y peajes, sistema autorizado por los Decretos Legislativos 3145 de 1954, 911 y 2272 de 1955, porque la ley usa estos términos: “Los contratos a que se refiere el artículo 2º de esta ley...” y tal artículo 2º se refiere a contratos para: a) construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios” (se entiende aquí que son los contratos que haya de celebrar el Gobierno con un contratista para determinada obra, en donde el Estado surte todo el valor de la obra, en sus fondos comunes, sin apelar al dinero de los particulares que usan tales obras).

La concesión a base de tarifas, peajes y pontazgos es una operación diferente, en la cual el Estado no desembolsa capital sino que este lo da el

contratista quien se lo cubre, con el dinero que va dando quienes utilicen las obras. Lo mismo puede decirse de los ordinales b) (administración delegada) y c) (estudios, planos y proyectos). Tampoco se inhiere al Gobierno por el artículo 9º de la Ley 4ª de 1964, de la facultad que le concedió el artículo 14 de la Ley 130 de 1939, “para contratar con casas productoras de acero especializadas en la materia, la construcción de puentes indispensables para las carreteras del país, hasta por un valor de US\$ 20.000.000, que se arbitrarán mediante la emisión, a favor de los respectivos contratistas, de documentos de crédito, pagarés o libranzas, etc.”, porque como se dijo anteriormente al estudiarse lo relativo a los contratos por concesión, esta es una operación distinta a las comprendidas en el artículo 2º de la ley 4ª de 1964. Para terminar es conveniente anotar que si el Gobierno en el ejercicio de sus funciones se ha dado cuenta de que la Ley 4ª de 1964 en su aplicación conlleva inconvenientes para el desarrollo de las obras públicas, debe presentar al Congreso Nacional un nuevo proyecto de ley, debidamente meditado, que aclare en unas partes y modifique en otras la ley precitada. Puede también dictar un decreto reglamentario para los casos que se encuentren oscuros. Naturalmente sin desbordar la ley que reglamenta.»...

Jorge de Velasco Álvarez, José Urbano Múnera

PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD

Deben acatarse aunque la entidad prestataria esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado

1 de noviembre de 1995

Radicación: 742

...«En cumplimiento del art. 150 in fine, el Congreso dictó la ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, respecto de operaciones de crédito, éste género de la Hacienda Pública es definido como el que tiene por objeto «dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago», de donde la contratación de empréstitos resulta ser una de las especies, conjuntamente con la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para las obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales (art. 41, Parágrafo 2o., inciso primero).

(...)

La ley de contratación determina: que los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se haya suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia (art. 13, inciso segundo); que los contratos que se celebren en Colombia y deben de ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera (art. 13, inciso tercero); y que las operaciones de crédito que se celebren para ser ejecutadas en el exterior, se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos (art. 41, Parágrafo 2o., inciso final).

(...)

El principio de transparencia y las reglas de publicidad, forman parte del proceso de contratación estatal y no pueden verse afectados por la circunstancia de que la entidad prestataria, por mandato legal, esté expresamente regulada en materia contractual por el derecho privado.

En tratándose de contratación estatal, el derecho privado está siempre sometido a las materias particularmente reguladas por el derecho público. Sin embargo, la propia ley podrá autorizar otras modalidades para el cumplimiento de los principios y postulados que rigen la contratación estatal. Respecto del concepto de confidencial, tiene dicho esta sala que su importancia se circunscribe al medio privado y depende de la voluntad de las personas; por lo mismo, no puede alegarse como derecho o privilegio, sino solo cuando la constitución o la ley otorga al documento carácter de reservado, caso en el cual debe observarse en secreto.»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

PRINCIPIO DE COORDINACION ADMINISTRATIVA

Los contratos interadministrativos entre entidades del Estado son una concreción de este principio

5 de marzo de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00006-00(1877)

...«En la Constitución Política, el principio de coordinación es uno de los ejes de las relaciones posibles en la estructura estatal colombiana: entre los diferentes órganos del Estado, que “tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”; en el ejercicio de la función administrativa propiamente dicha, cuando del artículo 209 ordena que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”; y entre los distintos niveles territoriales en cuanto sus competencias serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

La ley se ha ocupado de definirlo y de establecer los instrumentos que permiten su realización efectiva, tanto en las normas de organización y estructura de las entidades en particular, como al regular de manera general la organización y el funcionamiento de la administración pública [...] La normatividad constitucional y legal que se ocupa del principio en comento, fundamenta el criterio de esta Sala, expresado en diferentes ocasiones, en el sentido de que la actividad administrativa de los distintos órganos y entidades públicas les permite relacionarse entre sí en términos de igualdad, y entonces, el principio de coordinación administrativa y sus instrumentos legales garantizan tanto el cumplimiento de los objetivos y las funciones de los organismos y entidades involucrados como la realización del interés general y de los cometidos estatales que son su razón última.

Estas formas de relación no son ajenas a los órganos y entidades que están involucrados en el tema objeto de la consulta, como quiera que forman

parte de la administración pública y por ende, son destinatarios de la ley 489 de 1998; además, sus estatutos particulares también las incorporan.

Uno de los instrumentos que permiten realizar el principio analizado y a la vez los principios de eficacia, economía y celeridad, que también rigen la función administrativa, es el contrato interadministrativo, en la medida en que las voluntades administrativas, al estar legalmente habilitadas para su celebración, pueden por este medio crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina.*

II. ETAPA PRECONTRACTUAL

CONTRATOS ESTATALES

Casos en que se requiere revisión del Consejo de Estado

20 de febrero de 1959

Radicación: 916-CE-SNG-1959-02-20

...«El decreto 015 de 1957 dispone que los contratos y pedidos que celebre el Fondo Rotario en el país o en el Exterior, hasta \$ 5.000.00 necesitan la firma de su Gerente; mayores de \$ 5.000.00 el anterior requisito más la aprobación del Comandante de la respectiva Fuerza, cuando no pasan de \$ 30.000.00; de esta suma hasta \$ 50.000.00, las anteriores más la aprobación del Comando General de las FF. AA. y mayores de \$ 50.000.00, las anteriores, más la aprobación de la Junta Consultiva del Fondo Rotatorio respectivo. En la misma forma se pronuncia el 312 de 1958 sobre Casas Fiscales. Atentamente me permito consultar: ¿Quedan perfeccionados estos contratos con los solos requisitos previstos en los decretos citados, o si pasan de \$ 50.000.00 deben someterse a la ordinaria tramitación administrativa, del Presidente, el Consejo de Ministros y el H. Consejo de Estado?

(...)

En orden a emitir el concepto correspondiente, se tiene lo siguiente: Conforme al artículo 242 del Código de lo Contencioso Administrativo, todos los contratos que celebre el Gobierno, en virtud de autorizaciones legales, y cuyo valor sea o exceda de \$ 5.000 deberán remitirse al Consejo de Estado para que este decida si están o no ajustados a tales autorizaciones. Esta cuantía de \$ 5.000, fue elevada a \$ 50.000 por el decreto legislativo número 2927 de 1954 que es hoy la norma general. De tal suerte que cuando los decretos legislativos 015 de 1957 y 312 de 1958 fijan una reglamentación para la aprobación de los contratos que celebren los fondos rotatorios de las Fuerzas Armadas y la Sección de Casas Fiscales del Ejército, debe entenderse

que los requisitos allí consignados lo son de régimen interno, sin que tales contratos puedan prescindir de la revisión del Consejo de Estado cuando su valor sea o pase de \$ 50.000 o cuando, no habiéndose expresado en ellos suma determinada, por las estipulaciones de los mismos pueda apreciarse por el Gobierno que su cuantía es o excede de \$ 50.000.

Los contratos, pues, que celebren las entidades de la consulta, cuya cuantía sea la señalada por el decreto 2927 de 1954, a más de los requisitos que exigen los decretos 015 de 1957 y 312 de 1958, deben someterse a la tramitación ordinaria con la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros y la revisión del Consejo de Estado»...

Jorge de Velasco Álvarez

CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROPONENTES

La duración de esta sanción es de dos años, sin perjuicio de la sanción penal que se le imponga al proponente cuando los hechos configuren delito

31 de julio de 1992

Radicación: 450

...«El término de vigencia señalado por el artículo 45 del Decreto 222 de 1983, a la inscripción de proponentes, determina el término de la sanción prevista en relación con dicha inscripción. El infractor carente de inscripción quedaría, así, imposibilitado por dos años, contados a partir de la cancelación, para celebrar contratos con entidades públicas, sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer al juez penal. Y sería inadmisibles durante ese término, su solicitud para obtener inscripción nueva.

En desarrollo del principio de legalidad, en subsidio del cual, no cabe aplicar otros, la administración sólo puede calificar como *faltas administrativas los hechos previstos como tales en el inciso 9o. del artículo 45 del Decreto 222 de 1983* e imponer la sanción fijada para los que resulten descubiertos es decir, comprobados. De allí que administrativamente la inscripción se cancele y los posibles derechos para renovarla queden sujetos a los resultados de la investigación penal teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 8 numeral 6 del Decreto 222 de 1983. *Pero la imposición de la sanción penal cuando los mismos hechos configuren delito, es competencia autónoma a cuyo ejercicio y resultados no está condicionada la administración para ejercer la que se le atribuya en forma directa por la ley en relación con la cancelación de la inscripción.»...*

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

INHABILIDAD DE CONTRATISTAS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN COMETIDOS EN EL EXTRANJERO

Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que sean responsables de tales actos están incursas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por la Ley 80 de 1993 y normas complementarias

27 de agosto de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

...«En relación con la inquietud que se suscita en torno a la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades comprendido en la Ley 80 de 1993 y en sus normas complementarias, a las entidades estatales que no están sujetas a tales normas para la contratación, sino que se encuentran sometidas a normas especiales o al derecho privado, la Sala advierte, sin lugar a duda, que la Ley 1150 de 2007 soluciona la pregunta en sentido positivo. En efecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 define que “*las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública... estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*”.

(...)

2. El artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993

La Sala considera que la inhabilidad prevista en la norma citada, aun después de la modificación realizada en su texto por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 y de la declaratoria de inexecutable parcial efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-630 de 2012, se presenta no solamente cuando los jueces nacionales declaran la responsabilidad penal por la comisión de delitos contra la administración pública o el soborno transnacional, sino también cuando la responsabilidad por los mismos delitos es declarada por jueces extranjeros, por conductas cometidas total o parcialmente en el exterior.

(...)

[Así] están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas, bien sea que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o que estén sujetas a un régimen jurídico especial de contratación o al derecho privado, las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas.

3. El artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993

Por las razones anteriores debe admitirse que, excepcionalmente, las dos primeras causales de inhabilidad contenidas en el artículo 58 de la Ley 80 de 1993, pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tales decisiones se fundamenten en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman).

Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atacan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad. No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al

Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas.

(...)

[L]a Sala concluye que las causales de inhabilidad mencionadas en la consulta y previstas en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, se presentan cuando un juez colombiano dicta medida de aseguramiento en firme o sentencia penal condenatoria en firme contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado (sin importar la nacionalidad de ninguno de ellos), por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano (incluyendo todas sus entidades, órganos y organismos); pero excepcionalmente pueden darse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a la misma se relacionen directamente con la actividad contractual realizada por la persona natural investigada o condenada frente al Estado colombiano (en Colombia o en el exterior), y la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales colombianos no hayan avocado la investigación o el conocimiento de los mismos hechos.

4 El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011

Como se aprecia claramente, las medidas preventivas y sancionatorias mencionadas, incluyendo la cancelación de la personería jurídica de las sociedades, solamente pueden ser adoptadas por los jueces penales colombianos o por la Superintendencia de Sociedades, según el caso, en el curso de los procesos judiciales y de las actuaciones administrativas que desarrollen, de acuerdo con las normas de procedimiento que resulten aplicables.

Resulta evidente, por lo tanto, que tales disposiciones legales no permiten de ninguna manera que la Nación o cualquier otra entidad pública colombiana que intervenga como contratante en un proceso de contratación o en un contrato, suspenda o cancele la sucursal de una sociedad extranjera,

ni la personería jurídica de una sociedad colombiana que sea subordinada de una extranjera, ni mucho menos, la personería jurídica de una sociedad extranjera, por el hecho de que la respectiva sociedad, su matriz, o los representantes legales o administradores de una u otra estuvieren siendo investigados o fueren, incluso, condenados en el exterior por su participación en delitos contra la administración pública u otras conductas similares.

Tales medidas solamente podrían ser adoptadas por un juez penal colombiano, en desarrollo de un proceso que se lleve a cabo dentro del país, aunque el afectado con las mismas sea la sucursal de una sociedad extranjera o una sociedad colombiana constituida en el país por una sociedad del exterior. Naturalmente, si una de dichas medidas llegare a decretarse por un juez colombiano y quedare en firme, la respectiva sociedad extranjera (por intermedio de su sucursal) o la sociedad subordinada colombiana, no podrían seguir participando en ningún proceso de contratación ni podrían celebrar y ejecutar un contrato con una entidad estatal, mientras se mantenga la medida dictada en su contra, pero no por el hecho de estar incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, sino por la simple pero importante razón de encontrarse en suspenso su personería jurídica o de haberse cancelado la misma, lo cual les impediría celebrar cualquier acto jurídico, no solamente con las entidades estatales colombianas sino con cualquier otra persona de derecho público o privado.»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina*

SUBSANACIÓN DE REQUISITOS

*Subsanación del requisito de constitución de póliza de cumplimiento
en oferta de licitación pública*

6 de noviembre de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00079-00 (1927)

...«Ahora bien, como ha quedado establecido, la ley exige la presentación de una póliza de seriedad de la oferta que le permita al Estado tener por cierto que el participante en el proceso de contratación estatal mantendrá su propuesta a lo largo de todo el proceso contractual o que, en caso de incumplimiento, le será pagada la respectiva garantía.

Considera la Sala que, como se ha expuesto, dicha exigencia no desaparece con las normas citadas sobre saneamiento de defectos formales y de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, pues si bien esa póliza no tiene relación con los factores de escogencia y en esa medida permite que sus defectos sean subsanados -cuando haya sido presentada en tiempo-, se trata en todo caso de un requisito que se debe acreditar con la presentación de la oferta y que no se puede obviar por voluntad del oferente, ni mucho menos permite alegar un derecho a ser adjudicatario del contrato estatal sin su cumplimiento.

En consecuencia, en cada caso concreto la administración examinará y determinará durante el proceso, los requisitos susceptibles de ser subsanados, esto es, los que no tengan que ver con los factores de escogencia o selección, atendiendo a la ley y a los pliegos de condiciones y en todo caso, a lo dispuesto en el inciso final del artículo 10º del Decreto 2474 de 2008, cuando prohíbe: i) señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ii) subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta, y iii) la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

SUBSANACIÓN DE REQUISITOS

Verificación de las condiciones de los proponentes.

20 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034- 00 (1992)

...«Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual.

Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.»

*Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina,
Luis Fernando Álvarez Jaramillo*

III. MODALIDADES DE SELECCIÓN

LICITACIÓN

Carácter general. Solamente puede omitirse en casos excepcionales calificados como tales por el Gobierno Nacional

16 de febrero de 1923

Radicación: 17-CE-SNG-1923-02-16

...«Consulta el señor Ministro de Obras Públicas, en muy atento oficio número 6759 de fecha 3 de los corrientes, dirigido al Presidente del Consejo de Estado, lo siguiente: (...) Según las disposiciones de nuestras leyes fiscales es preciso adquirir los elementos que para las obras públicas necesite el Gobierno, por medio de la licitación pública. Ahora bien: los rieles y otros útiles ferroviarios están sujetos a oscilaciones de precio que fluctúan en el mercado de los países extranjeros dentro de pocos días y aún hay el riesgo de que, en caso de que haya licitadores que no ofrezcan las garantías de calidad necesarias en tales rieles, ni se sujeten a las condiciones de un pliego de cargos que puede no estar de acuerdo con las costumbres de sus respectivos países. ¿Cree esa honorable corporación que en tratándose de contratos con entidades particulares extranjeras es indispensable que se haga la licitación pública, o que se puede prescindir de ella?

(...)

La disposición del Código Fiscal relativa a la adquisición de bienes por el Estado, dice: “Artículo 21. Si se trata de la adquisición no de especies o cuerpos ciertos, sino de cosas indeterminadas de cierto género, como vestuarios para el Ejército, herramientas y materiales para obras públicas, etc., aquélla debe hacerse, previa licitación”. Este es, precisamente, el caso a que se refiere la consulta del

señor Ministro de Obras Públicas: adquisición de cosas indeterminadas, de cierto género, como son rieles y otros útiles ferroviarios. ¿Es aplicable o no la regla general?. Por claro y terminante precepto no puede prescindirse de la licitación por la ley establecida con precisos caracteres sino en los casos excepcionales de baja cuantía, especialidad artística o técnica, urgencia y otras circunstancias análogas que la misma ley describe. Pretermitir la licitación en otros cualesquiera eventos o circunstancias sería proceder contra la ley; pero como ésta ha de considerarse racional, útil, apta para el bien común, previsoramente en todo lo posible, encaminada a fomentar la prosperidad pública, y no como un obstáculo para ella, no han de entenderse aquellos casos de excepción como delimitados con mezquina y caprichosa estrechez, sino establecidos con la suficiente amplitud para que, mediante prudentes restricciones, quepa dentro de ellas el movimiento progresivo de la vida económica nacional. Pero, ¿a quién incumbe apreciar y calificar en cada momento las circunstancias de cada negociación para según ellas decidir si se trata de casos excepcionales? Al que por la naturaleza de su oficio y por el inmediato y continuo trato con el mundo de los negocios se halla en capacidad de hacerlo, al Gobierno Ejecutivo.»...

Jose Joaquín Casas, Miguel Abadía Méndez, Ramón Cochea

LICITACIÓN

Para la adjudicación de espacios de televisión, deben garantizarse la competencia y la igualdad de oportunidades

2 de diciembre de 1991

Radicación 210-CE-SC-EXP1991-N611

...«La licitación pública para adjudicar los espacios de televisión, debe impedir “la concentración del poder informativo” y garantizar “la competencia y la igualdad de oportunidades”. En consecuencia, el pliego de condiciones bien podía disponer que los licitantes de determinados espacios, como los de noticieros, no pueden serlo de otros, como los de opinión, a fin de dar igualdad de oportunidades a todos los proponentes. Además, los licitantes de espacios de noticieros no pueden serlo de otros espacios; pero las empresas adjudicatarias de los mismos, en su condición de tales, excepcionalmente pueden licitar y obtener la adjudicación de espacios informativos y de opinión.»...

*Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,
Jaime Paredes Tamayo, Marco A. Piñeros Montenegro (Conjuez)*

LICITACIÓN

En caso de alteración del equilibrio financiero entre la licitación y el perfeccionamiento del contrato no resulta aplicable la teoría de la imprevisión

2 de julio de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N526

...«En la contratación administrativa prevalece el principio del equilibrio financiero o ecuación económica, el cual consiste en que en la relación contractual debe existir una equivalencia entre lo que recibe la entidad de derecho público y lo que paga por ello - en el caso estudiado - lo que paga por las obras contratadas. De este modo, se evita un enriquecimiento sin causa del Estado y el empobrecimiento correlativo del particular contratista, que de haberse conocido antes habría impedido la celebración del contrato.

El equilibrio financiero se rompe cuando tiene ocurrencia un hecho imprevisible ajeno a la voluntad de las partes y que altera de manera fundamental el equilibrio económico del contrato.

La presencia de hechos imprevisibles durante la ejecución del contrato, generadores del desequilibrio del mismo, ha dado nacimiento a la teoría de la imprevisión, mediante la cual se dispone compensar o indemnizar al contratista por el desmejoramiento económico ostensible que haya sufrido.

Sin embargo, como se indicó, para que se pueda aplicar esta teoría deben reunirse las siguientes condiciones: que durante la ejecución del contrato se produzcan hechos imprevisibles en el mismo; que la ocurrencia de estos hechos sean ajenos a la voluntad de los contratantes, como por ejemplo, una crisis económica, la presencia de un estado de guerra, hechos de la naturaleza como terremotos; y, por último, que se produzcan efectos serios en la ejecución del contrato, que eviten que este pueda cumplirse plenamente.

En el caso materia de estudio, la Sala observa que en el lapso transcurrido entre el cierre de una licitación y el perfeccionamiento del contrato, no podía presentarse el fenómeno de la imprevisión porque éste supone el previo perfeccionamiento del contrato.

Sin embargo, una vez perfeccionado el contrato, pueden presentarse hechos previsibles que alteren los precios y el equilibrio financiero del contrato o hechos imprevisibles que produzcan las mismas consecuencias y que requerirán tomar las medidas necesarias para restablecer el mencionado equilibrio. Lo primero está contemplado en la cláusula séptima sobre reajuste automático de precios y tiene por objeto «cubrir el mayor valor de los trabajos que por aumento en los costos pueda ocurrir en relación a la propuesta del contratista», y lo segundo se resuelve mediante la aplicación de los principios que regulan la teoría de la imprevisión.

La circunstancia de haberse convenido una cláusula de reajuste de precios sobre la cuantía propuesta por el contratista, en un contrato de obra pública, que por tanto es administrativo, permite concluir que los contratantes previeron el incremento de los costos del contrato, dentro de una normalidad económica que no altera en forma desbordada los valores pactados.

En todo caso, la interpretación de cláusulas contractuales debe efectuarse teniendo en cuenta el conjunto del contrato y las normas.»

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco*

LICITACIÓN

Las entidades públicas pueden entregar copia de todos los documentos que conformen una propuesta, salvo de aquellos que tengan el carácter de reservados de acuerdo con la Constitución o la ley

3 de diciembre de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N558

...«De conformidad con los decretos 222 de 1983 y 837 de 1989 y la ley 57 de 1985, las entidades públicas deben abstenerse de entregar copia o permitir examinar documentos que tengan el carácter de reservados por disposición Constitucional o legal. De manera que aquellos que el proponente señala como confidenciales no gozan de dicho privilegio, porque éste solo puede originarse en la Constitución o en la ley. Así, las entidades públicas deben abstenerse de entregar copias o de permitir revisar documentos de una oferta sólo cuando en virtud de expresa disposición constitucional o legal éstos tengan carácter reservado. La entidad pública puede entregar copia de información técnica de carácter inédito contenida en una propuesta si ella no goza de reserva ordenada por la Constitución y la ley. No puede entregar copia de las declaraciones de renta en reemplazo de estados financieros porque contienen el carácter de reservadas según el artículo 583 del Estatuto Tributario, salvo que el contribuyente-proponente dé su autorización previa y por escrito. Las entidades públicas pueden entregar copia o permitir el examen de todos los documentos que conformen una propuesta presentada en una licitación o concurso público, con excepción de aquéllos que tengan el carácter de reservados de acuerdo con la Constitución o la ley.»

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco*

LICITACIÓN

La existencia de procesos de selección especiales para la celebración de ciertos contratos es contraria al carácter general de la licitación

4 de diciembre de 1995

Radicación: 750

...«Los contratos a que se refiere los artículos 174 y 40 de la Ley 142 de 1994 son contratos sometidos a régimen especial; constituyen una modalidad especial del contrato de concesión para la gestión y prestación de un servicio público. Las leyes que regulan la formación de los contratos están contenidas en las disposiciones citadas en el punto anterior, y los Decretos Reglamentarios 1051 y 1167 de 1995, incluyendo la selección de los contratistas por la aplicación del procedimiento especial de invitación pública y con sujeción al deber de selección objetiva. Además se aplican las reglas del derecho privado, en cuanto la Constitución o la ley no dispongan expresamente lo contrario (artículo 32 de la Ley 142 de 1994). El restablecimiento del equilibrio contractual debe determinarse teniendo en cuenta los criterios de la comisión de regulación cuando, por vía general, defina los lineamientos y las condiciones que rigen los contratos especiales referentes a áreas de servicio exclusivo, con fundamento en los artículos 333 de la Constitución Política, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, estos contratos se rigen conjuntamente por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1051 y 1167 de 1995 y las normas del derecho privado que gobiernan la contratación especial para la gestión de los servicios públicos de conformidad con el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ya mencionado. Finalmente preocupa a la Sala las repetidas excepciones que han surgido al estatuto general de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) que como su nombre lo indica, comprende un régimen para su aplicación, en todos los casos, de manera general. En este caso, se revive, en esencia la licitación privada al admitir la invitación pública, apartándose de los principios generales como el de la transparencia, cuyo cumplimiento

con esta modalidad resulta precario.»y los Decretos Reglamentarios 1051 y 1167 de 1995, incluyendo la selección de los contratistas por la aplicación del procedimiento especial de invitación pública y con sujeción al deber de selección objetiva. Además se aplican las reglas del derecho privado, en cuanto la Constitución o la ley no dispongan expresamente lo contrario (artículo 32 de la Ley 142 de 1994).

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

LICITACIÓN

En caso de configurarse una causal de rechazo que afecte varias propuestas, la entidad pública puede rechazarlas sin entrar a dirimir el conflicto entre ellas.

3 de diciembre de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00085-00(1932)

...«La consulta indaga si el Ministerio debe decidir el conflicto presentado entre dos uniones temporales como requisito para determinar la adjudicación o la declaratoria de desierto del proceso de contratación [...] revisada tanto la ley 1150 de 2007 como la ley 80 de 1993, estatuto de la contratación pública, se constata que ni el artículo 4° de éste, que enumera los derechos y deberes de las entidades estatales, ni el artículo 29, sobre el principio de responsabilidad, y las demás normas de dicho estatuto que otorgan atribuciones a las entidades contratantes, les confieren competencia para dirimir conflictos expresos o tácitos entre proponentes en un proceso de contratación.

De otra parte, se encuentra que en la etapa precontractual, el artículo 24 de la ley, referente al principio de transparencia, establece que para la adjudicación o la declaratoria de desierto del proceso de selección del contratista, se debe observar la adecuada motivación de los actos administrativos y ejercer “sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley”. Este mandato delimita claramente el quehacer del funcionario responsable del proceso quien debe centrarse en evitar las desviaciones y abusos de poder, lo cual impide involucrarse en los eventuales conflictos que se susciten entre los proponentes.

(...)

Es claro entonces, que en el proceso de selección que sirve de causa a la presente consulta, se advierte que dos de las uniones temporales que participaron en el mismo, tenían en forma simultánea algunos integrantes

comunes, lo cual evidentemente se enmarca en la causal de rechazo de las propuestas número 2.13.3 del pliego de condiciones que previó como tal la "Presentación de varias ofertas por el mismo proponente, por sí o por interpuesta persona (en consorcio, unión temporal o individualmente)", y en consecuencia, ésta era aplicable a ambas uniones temporales. En este evento, no podría pretenderse que el rechazo se decretara sólo respecto de una de las uniones temporales y no de la otra, pues su efecto sería desconocer el contenido mismo de la causal de rechazo, lo cual constituiría una forma de afectar la transparencia y la igualdad que deben observarse en todo proceso contractual. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

CONTRATACION DIRECTA

*En caso de realizarse por motivo de urgencia manifiesta,
deben justificarse las razones de tal declaratoria*

4 de agosto de 1980

Rad. 45-CE-SC-EXP1980-N1412

...«Cuando el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de la competencia que le atribuyen los artículos 242, inciso 2o., del Código Contencioso Administrativo, 31 del Decreto-ley 528 de 1964 y 17 del Decreto-ley 150 de 1976, revisa los contratos que celebra la administración para declararlos o no ajustados a la ley, no se limita a una función mecánica de revisión de los documentos que contiene el expediente relacionados con el contrato, sino que ejerce una función eminentemente jurídica, dentro de la cual cabe no solamente el examen de las autorizaciones legales en virtud de las cuales el contrato se ha celebrado, sino también, el estudio de la competencia de los funcionarios para realizarlo, el régimen legal de las estipulaciones y los requisitos de orden fiscal que la misma ley ha señalado (artículo 246 del C.C.A.).

Pero además, cuando de la declaratoria de urgencia se trata, el artículo 242, inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo, impone a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la obligación de verificar si dicha declaratoria se ha ceñido a las normas que establecen las leyes. En este caso, las que establece el ordinal 14 del artículo 31 ya mencionado. Para atender al cumplimiento de estas obligaciones la Sala debe verificar todos los elementos de juicio indispensables de que dispone la administración para hacer la declaratoria de urgencia, en orden a establecer si ellos corresponden o son constitutivos de la causal invocada.

Si el punto de partida de la administración, en el presente caso, estuvo determinado por la existencia de una «calamidad pública», los hechos

constitutivos de la misma deben ponerse de presente en la declaratoria de urgencia como fundamento decisivo de la misma.

(...)

[A]unque discrecional la facultad que a la administración otorga el ordinal 14 del artículo 31 del Decreto-ley 150 de 1976, resulta evidente que cuando la administración opta por la contratación se encuentra condicionada por los presupuestos de hecho que la norma citada exige como fundamento para el ejercicio de tal opción. En otras palabras, si la administración decide contratar directamente solo puede hacerlo previa declaración de urgencia y tal declaración únicamente puede tener fundamento en la «urgencia evidente» de conservar el orden público, mantener la seguridad nacional o conjurar los efectos de una calamidad pública. Pues, como ha afirmado la jurisprudencia y la doctrina, discrecionalidad no implica arbitrariedad y, por lo mismo, aquélla, como en el caso que ocupa la atención de la Sala, es objeto de control, específicamente en cuanto a verificar la existencia o verosimilitud del hecho que sirve de causa a la declaratoria de urgencia, de conformidad con el artículo 31, ordinal 14 del Decreto - ley 150 de 1976. Condicionando, pues, el objeto de la declaración de urgencia que compete al Consejo de Ministros, a la existencia de determinada situación de hecho, cuando tal urgencia se declara sin existir esa situación la declaración queda viciada por ser violatoria de la ley la razón invocada por aquélla para el caso concreto o por haberse hecho en un caso para el cual la ley no la había previsto.

Por lo expuesto, la Sala concluye que la administración al declarar de urgencia evidente la celebración del contrato objeto de esta revisión, sin evidenciar los fundamentos de hecho que constituyen su base legal, no se ciñó a las exigencias establecidas por el ordinal 14 del artículo 31 del Decreto-ley 150 de 1976 y por lo tanto, ha debido efectuar la licitación pública a que estaba sujeta la adjudicación de este contrato.»...

*Humberto Mora Osejo, Osvaldo Abello Noguera,
Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo*

CONTRATACIÓN DIRECTA

Los motivos de urgencia manifiesta deben valorarse en cada caso concreto

4 de marzo de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N587

...«El artículo 24 literal f), de la Ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe «urgencia manifiesta». Y según el art. 42 *ibidem*, ella existe «cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o de concurso público». Según la transcrita disposición, los motivos de urgencia manifiesta deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público. En el caso que motiva la consulta, las consideraciones de hecho que la sustentan permiten concluir que los contratos que se deben celebrar para hacer posible la realización de la IV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en el mes de junio próximo, ante la premura del tiempo, no podrán adjudicarse mediante licitación o concurso; de donde resulta que es urgente celebrarlos directamente. Mal puede la ley, como el artículo 24, parágrafo 2o., de la Ley 80 de 1993, prescribirle al Presidente de la República un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discrecional que le confiere la Constitución y disponer que sin el decreto reglamentario no es posible ejecutar la ley. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado. Del art. 42 inciso segundo se infiere que la declaratoria de urgencia puede referirse a uno o a varios contratos que se funden en el mismo motivo; pero, en la motivación se debe hacer referencia

específica a cada uno de los contratos que se vayan a celebrar con el objeto de señalar claramente su causa y finalidad.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo*

CONTRATACIÓN DIRECTA

*Se exceptúa de la prohibición de contratación directa por Ley de Garantías,
lo requerido para la seguridad y defensa del Estado*

2 de septiembre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168)

...«El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “*queda prohibida la contratación directa*”. La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007, a partir del 15 de agosto de 2013 se deberá atender a las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública.

(...)

(i) La seguridad y la defensa nacionales son presupuestos materiales de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuyen a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.

(ii) Se trata de conceptos amplios, relativos y dinámicos, cuya concreción depende de los objetivos que se propone alcanzar el Estado en una época determinada, de manera que son susceptibles de actualización y sufren constantes transformaciones y cambios.

(iii) La conservación y mantenimiento del orden público es la finalidad misma de la “seguridad” y encuentra en el Gobierno Nacional (art. 189.4 CP) su principal responsable y garante, razón por la cual puede adoptar medidas

y adelantar acciones coercitivas o militares y soluciones no armamentistas sino políticas negociadas (por ejemplo desmovilización y reinserción), para alcanzar la paz, que es un valor (preámbulo constitucional), un fin esencial del Estado (art. 2 CP), un derecho (art. 22 CP) y un deber social (95.6 CP).

(iv) Estos conceptos no están relacionados únicamente con los dispositivos o actividades bélicas o armamentistas, sino que abarcan todas aquellas estrategias y acciones que permitan la garantía de los derechos y libertades y, por ende, la coexistencia pacífica de los habitantes de la Nación, inclusive aquellas que permitan que los infractores de la ley se reincorporen a la vida civil.

(v) La política de seguridad y defensa nacionales, supone para el Estado no solo la adopción de estrategias y acciones militares directas, sino también soluciones negociadas y, por tanto, estas últimas y todas las acciones y actividades que requieran, también configuran evidentes manifestaciones de la defensa y la seguridad nacionales.

Como se puede concluir de este análisis, los conceptos de seguridad y defensa nacionales son conceptos jurídicos indeterminados, su alcance no se limita al campo de lo bélico sino que incluye asuntos encaminados, directamente o por conexidad, al mantenimiento del orden público, la convivencia pacífica de la comunidad y la vigencia de los derechos y libertades de las personas.»...

*William Zambrano Cetina, Germán Alberto Bula Escobar, Augusto
Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas*

IV. ETAPA CONTRACTUAL

CLÁUSULAS EXORBITANTES

Los actos administrativos que impongan multas a los contratistas no pueden ser objeto de conciliación

2 de marzo de 1992

Radicación: 137-CE-SC-EXP1992-N422(422)

...«La transcrita disposición a que se refiere la consulta, regula la conciliación en los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. A diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, el artículo 60. de éste sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias para excluir así, de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y de restablecimiento de derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción. Posiblemente el Gobierno, al expedir el Decreto 2651 de 1991, tuvo en consideración las objeciones que oportunamente hizo el Consejo de Estado al artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y, por ello, dispuso que la conciliación sólo puede efectuarse en controversias relativas a responsabilidad contractual y extracontractual que no versen sobre actos administrativos. La diferencia que existe, a este respecto, entre la ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, precisamente consiste en que éste no contempla la conciliación sino en los dos casos indicados de responsabilidad contractual y extracontractual.

(...)

Los actos administrativos mediante los cuales se decreta la caducidad administrativa, se impongan multas a los contratistas o modifiquen unilateralmente los contratos, según el artículo 6o. del Decreto 2651 de 1991, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con la mencionada disposición sólo es posible conciliar controversias de responsabilidad contractual y extracontractual que no se refieren a actos administrativos»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,
Jaime Paredes Tamayo*

CLÁUSULAS EXORBITANTES

Finalidad de la imposición de multas. Imposibilidad de recibir el pago de multas en bienes y servicios propios del contrato en ejecución

29 de noviembre de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00109-00(2040)

...«1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción *de tipo pecuniario* en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.

2. La obligación que nace de la multa es el *pago* de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de *pagar una suma de dinero* es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues llevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.

(...)

7. Ciertamente, la Ley 1150 de 2007 confiere a las entidades estatales amplitud de mecanismos (medios) para la recuperación de las multas, pues

no solamente señala que se puede acudir “entre otros a los mecanismos de”, es decir, no limitados a los enumerados en la norma, sino que reitera además que la entidad se podrá auxiliar de “cualquier otro medio” para obtener el pago.

Sin embargo, esa amplitud tiene límites que se derivan de la misma norma y de la facultad de cobro que allí se consagra. En primer lugar, está implícito que los medios utilizados por las entidades contratantes deberán ser legales y proporcionales y no podrán desconocerse tampoco los derechos del contratista-deudor.

En segundo lugar, en cuanto a su finalidad, se observa que el párrafo determina que los mecanismos que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto *hacer efectiva* la multa, o, como se señala en la parte final del mismo párrafo, *obtener su pago*. Y pago es, como señala el artículo 1627 del Código Civil, “*la prestación de lo que se debe*”, siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta.

En tercer lugar y concordante con lo anterior, hay que advertir que aquélla amplitud de la norma recae sobre los “*mecanismos*” o “*medios*” para obtener el pago de la multa y no sobre ésta; dicho de otra forma, la disposición en comento constituye una *habilitación-deber* para las entidades estatales de utilizar todos los medios o mecanismos necesarios para “obtener el pago” efectivo de las multas y no como una autorización para cambiar el objeto de éstas.

(...)

9. Conforme a lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra que la opción planteada por la entidad consultante en el sentido que las entidades estatales pudieran recibir el valor de las multas impuestas en bienes y servicios propios del contrato en ejecución, no se encuentra autorizada el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. Éste, como se ha indicado, complementa y desarrolla el deber de cobro de las sanciones ya establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina*

CLÁUSULAS EXORBITANTES

Finalidad de la imposición unilateral de multas. Regulación legal

10 de octubre de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

...«Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. (...)

Ahora bien, la imposición y la efectividad en forma unilateral de este tipo de sanción contractual por parte de la Administración, es una manifestación de esas prerrogativas de control, dirección y coerción, como respuesta al incumplimiento de las obligaciones de los contratistas de sus obligaciones y deberes, razón por la cual constituye una exorbitancia que debe encontrarse autorizada en la ley, en cumplimiento del principio de legalidad que impera en esta materia. (...)

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, siempre que se hubiesen pactado, y autoriza a obtener su pago por cualquier mecanismo. Puede afirmarse, entonces, que si bien antes de la ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por

la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso... (...)

i) El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (acto administrativo);

ii) El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato;

iii) El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tiene efectos inmediatos y retrospectivos. Significa lo anterior que si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante;

iv) La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la facultad de regular tales situaciones; (...)

vi) El procedimiento para la imposición unilateral de multas en el contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86.»...

*William Zambrano Cetina, Germán Alberto Bula Escobar,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas*

MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

En caso de modificación de contratos celebrados por el Gobierno con autorización del Congreso, se requiere autorización del Congreso

17 de junio de 1921

Radicación: 259-CE-SNG-1921-06-17

...«En la Sala de lo Contencioso Administrativo de este mismo Consejo se han presentado algunos casos semejantes al presente, en los cuales se ha llegado a conclusión análoga a la referida anteriormente. El 14 de mayo de 1917 pronunció aquella Sala una resolución por la cual se declaró no ajustado a las autorizaciones legales el contrato celebrado el 26 de enero del mismo año entre el Ministerio de Obras Públicas y el Gerente de la Compañía del Ferrocarril del Pacífico, por cuanto la Ley 55 de 1916, en cuya virtud se hizo la negociación, no facultó al Gobierno para introducir las modalidades que posteriormente se introdujeron en el contrato que se remitió al Consejo para su aprobación. La cuestión, pues, no ofrece ninguna novedad, y por haber sido tratada detenidamente en otras ocasiones se abstiene vuestra Comisión de penetrar en mayores detalles de análisis jurídico, y en consecuencia tiene el honor de proponeros el siguiente proyecto de conclusión:

Dígase al honorable Consejo de Ministros, por conducto del Despacho de Obras Públicas, que la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado conceptúa que el Poder Ejecutivo no tiene facultad legal para aprobar el contrato de 7 de abril del presente año, celebrado entre el Ministro de Obras Públicas y el señor Frank A. Koppel, el primero como representante del Gobierno y el segundo como apoderado de The Barranque a Railway & Pier Company, Limited, por no existir disposición alguna en la Ley 49 de 1884, aprobatoria del contrato original sobre el ferrocarril en cuestión, que autorice al Gobierno para alterar las estipulaciones del mismo.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Ramón Correa

MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

Los denominados “alcances progresivos” y “adiciones” incluidos en los contratos de concesión de obra de infraestructura vial deben sujetarse a las formalidades establecidas para la modificación de contratos estatales

23 de agosto de 2013

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00212-00 (2148)

...«De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.).

(...)

[A] partir de lo explicado hasta ahora, puede entenderse que en esta clase de negocios y, en general, en todos los contratos estatales, las adiciones pueden obedecer a situaciones imprevistas, surgidas durante la ejecución del contrato, que hacen necesario suministrar ciertos bienes, ejecutar determinadas obras o realizar ciertas actividades no contempladas en el alcance original del objeto del contrato, pero que están estrechamente vinculadas con éste y son requeridas para su debido cumplimiento y para

la obtención de la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato (causa). Estas son las adiciones que podríamos llamar “ordinarias”.

Pero también están aquellas que surgen por circunstancias previstas por las partes desde el pliego de condiciones y consagradas expresamente en éste y en el contrato, que deben ser ejecutadas cuando ocurran, durante la vigencia del mismo, una o varias condiciones (hechos futuros e inciertos). A este tipo de adiciones pertenecen los llamados “alcances progresivos” en los contratos de concesión de infraestructura vial, y las mismas, como el resto de las adiciones, deben tener una íntima conexión con el objeto general del contrato y ser necesarias para el logro de la finalidad perseguida por las partes.

De todo lo anterior resulta evidente para la Sala que los denominados “alcances progresivos” en los contratos de concesión vial constituyen en principio una adición al contrato, pues se trata de obras y/o servicios adicionales al alcance original del objeto del contrato, que el concesionario debe realizar cuando ocurran una o varias condiciones explícitamente pactadas en el convenio. Como tal, los citados “alcances progresivos” están sujetos a todos los límites, formalidades, requisitos y, en general, reglas que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y en sus disposiciones complementarias y reglamentarias regulan la figura de las adiciones, entre ellas, la necesidad de celebrar un otrosí o acuerdo modificatorio para instrumentar la adición; de sujetarse al límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 o a los límites especiales que resulten aplicables, según el caso; de contar con la disponibilidad presupuestal suficiente para pagar el precio de las labores adicionales, y de modificar, en la forma que corresponda, el valor total del contrato, el plazo, la forma de pago y las condiciones de las garantías otorgadas por el concesionario, entre otras.

(...)

En principio, los denominados “alcances progresivos” pactados en los contratos de concesión vial de “tercera generación”, una vez cumplidas las condiciones estipuladas para que haya lugar a los mismos (“activación”), constituyen una adición a los respectivos contratos, la cual está sujeta, por lo tanto, a todos los límites, formalidades, requisitos y, en general, disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus normas complementarias y reglamentarias.»...

*William Zambrano Cetina,
Augusto Hernández Becerra, Álvaro Namén Vargas*

MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES

Límites temporales, formales y materiales

17 de marzo de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00128-00(2263)

...« Los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones: la forma en que se va a ejecutar, materiales más idóneos que emplear, alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago, su duración, y aún su naturaleza. Lo anterior, pone en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena libertad de configuración para alterar lo pactado, o si está sometido a límites o restricciones que obligarían a revisar los criterios esbozados por las fuentes del derecho.

(...)

a) La preservación de los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia durante la fase de ejecución del contrato.

(...)

La Sala procede a clasificar las limitaciones legales que han sido expuestas por la doctrina para modificar un contrato estatal derivadas de una interpretación sistemática de las reglas y principios del Estatuto y de la función administrativa. Para el efecto, se referirá a los límites de orden temporal, formal y material. Como advertencia previa, esta Sala considera que la regla general que debe cumplir la entidad estatal corresponde a la inalterabilidad del contrato y, por ende, su modificación tendrá carácter de excepcional y será de interpretación restrictiva.

b) Clases de límites para la modificación de los contratos.

i) Límites de orden temporal.

-Relacionados con la vigencia del contrato.

La posibilidad de modificar un contrato solo puede ejercerse durante su vigencia, así se trate de la simple prórroga del plazo, pues no resulta viable jurídicamente realizar modificaciones sobre un contrato con un plazo contractual vencido, como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

(...)

La Corte Constitucional ha señalado que las prórrogas sucesivas, indefinidas, y las prórrogas automáticas son contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia, pues restringe la facultad de particulares para concurrir en condiciones de igualdad a un proceso de contratación adelantado por la entidad estatal, tesis también sostenida por el Consejo de Estado.

ii) Límites de orden formal.

-La solemnidad del contrato de modificación.

La modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez.

(...)

Si las modificaciones del contrato no cumplen con los requisitos de ley, las obligaciones contraídas en el negocio jurídico deben atenerse a los términos pactados, y ninguna de las partes tendrá la potestad de su modificación unilateral sin el previo contrato escrito, o de exigir, con fundamento en el contrato, prestaciones o reconocimientos económicos adicionales, más allá de lo acordado y estipulado.

(...)

-La motivación y justificación de la modificación.

(...)

La motivación del contrato modificadorio resulta un elemento esencial que permita determinar su juridicidad, la justificación de su necesidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, en especial cuando se alteran los aspectos técnicos y financieros iniciales. Se trata de un requisito

indispensable para el control de legalidad del contrato o del acto de modificación.

(...)

La modificación no es una facultad discrecional, cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad para la entidad estatal o para su contratista, ni puede servir como instrumento ilegal para mejorar o hacer más favorables las condiciones económicas del adjudicatario. A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación.

(...)

iii) Límites de orden material.

- Límites cuantitativos.

La Ley establece un límite para los contratos adicionales, en el sentido de que no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría.

En forma adicional, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado algunos límites de orden material para modificar los contratos:

-La prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto.

El objeto no puede dividirse o fraccionarse para realizar diversos contratos que tengan como finalidad evadir el proceso de selección, independientemente de la existencia de una norma expresa, pues se estaría incurriendo en una desviación de poder y en la pretermisión de los principios del proceso de selección, en especial, de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia.

Aunque la norma de prohibición expresa fue derogada con el actual Estatuto General de Contratación el Consejo de Estado ha reiterado que la prohibición se mantiene, para que no se suscriban dos o más contratos con el mismo objeto, generalmente con la finalidad de evadir el proceso de selección.

- Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

(...)

Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el “iter” del contrato, es la modificación del núcleo esencial del objeto, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificatorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad. No sucede lo mismo, respecto de los elementos accesorios, los cuales podrían ser objeto de modificación con el cumplimiento de los requisitos legales. En este sentido, el núcleo esencial del objeto se entendería incluido en el concepto de la “naturaleza global del contrato” que constituye un obstáculo insalvable para modificar un contrato público, como se estipula en las nuevas directivas sobre contratación pública de la Unión Europea.

(...)

En síntesis, el Consejo de Estado ha señalado la prohibición para la Administración de modificar las condiciones sustanciales del contrato estatal y de su pliego de condiciones, incluido el objeto y los criterios habilitantes y de ponderación aplicados en el proceso de selección. Corresponderá determinar la noción de “condiciones sustanciales del contrato”, que debe definirse en función de cada caso en concreto, según la naturaleza del contrato y las obligaciones estipuladas.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas.

PRÓRROGA DE CONTRATOS ESTATALES

En caso de prórroga de contratos celebrados por el Gobierno con autorización del Congreso, se requiere ratificación del Congreso

27 de julio de 1918

Radicación: 18-CE-SNG-1918-07-27

...«El señor Ministro de Obras Públicas, en atento oficio de fecha 17 de junio del presente año, distinguido con el número 7415, solicita que el Consejo de Estado emita concepto acerca de la siguiente cuestión: ¿Puede el Poder Ejecutivo conceder prórrogas, tendientes a ampliar los plazos estipulados en contratos, cuando estos mismos contratos han sido aprobados por ley especial, y sin que en ésta se haya facultado expresamente al Gobierno para conceder tales prórrogas?

El caso concreto puede plantearse así, por vía de ejemplo: una persona, natural o jurídica, contrata con el Gobierno la construcción de una obra (un muelle, un ferrocarril, etc.), o la explotación de una riqueza natural (una mina, un bosque, etc.) pero como el Poder Ejecutivo no se halla muchas veces investido por la ley de la plenitud de las autorizaciones necesarias para perfeccionar el convenio, éste se somete a la consideración del Congreso, que le da su aprobación elevándolo a la categoría de ley especial. En esta ley (es decir, el contrato mismo con la sanción legislativa) no se faculta al Gobierno para conceder prórrogas, ampliando los plazos para dar cumplimiento al mismo convenio, y sí se imponen sanciones, verbigracia, la caducidad de hecho, el pago de una multa, etc., si no se emprenden los trabajos dentro del tiempo estipulado, o si no se verifican en las condiciones prescritas por el mismo contrato; se pregunta: ¿puede en estas circunstancias prorrogarse administrativamente, sin intervención del legislador, un contrato que ha sido aprobado por ley?

(...)

En nuestro cuerpo de leyes hay constancia de que cuando ha sido necesaria una prórroga para el cumplimiento de algún contrato o convenio, provechoso para los intereses de la Nación, y que se encuentre en el caso de que trata la consulta, se ha ocurrido al Congreso de la República para que decrete o apruebe esa prórroga.

Puede verse a este respecto la Ley 64 de 11 de junio de 1872, por la cual se prorrogó por dos años el término de cinco fijado en el contrato celebrado en Londres el 10 marzo de 1866 entre el ciudadano José Triana y el Gobierno de la Unión, para continuar y concluir la publicación de la obra La Flora Colombiana y para efectuar la redacción y publicación de la Geografía Botánica de Colombia. La Ley 70 de 1890 autorizó al Gobierno para conceder una prórroga de diez años a la Compañía Universal del Canal Interoceánico de Panamá; y por Decreto número 721 de 1900, de carácter legislativo, se decretó la concesión de una prórroga de seis años a la Compañía Nueva del mismo Canal.

Es natural y obvio que en estos casos el legislador, al dar su aprobación a un contrato o convenio cualquiera, tenga en consideración la oportunidad, precio y utilidad del servicio que se contrata; y suele suceder, y sucede con frecuencia, que el cumplimiento de un contrato cuyo plazo ha expirado, no convenga a los intereses nacionales porque haya desaparecido la necesidad de él o pueda obtenerse a menos costo, etc. No parece conveniente ni legal que cuando esto ocurra sea el Gobierno a quien corresponda otorgar la prórroga, si para ello no está autorizado en el contrato mismo o en la ley que lo aprobó.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lácides Segovia

PRÓRROGA DE CONTRATOS ESTATALES

Prohibición de pactar prórrogas automáticas

19 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984)

...« La conclusión expuesta en el numeral anterior, queda ratificada si se revisa la naturaleza y efectos que tienen las prórrogas en los contratos estatales, especialmente en cuanto a la imposibilidad de pactar prórrogas automáticas que obliguen a su concesión y que impidan a la Administración evaluar en cada caso su conveniencia y oportunidad.

(...)

De lo expuesto se puede concluir que las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. También, que las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras.

En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.

(...)

Como se acaba de señalar, esta cláusula tanto en su versión original como en el texto modificado, no puede interpretarse como un pacto de prórroga automática, por cuanto no habría estado ajustada a derecho; su entendimiento conforme a la ley, refleja la posibilidad abierta por ambas partes de prorrogar el contrato previas unas condiciones, pero conservando en todo caso cualquiera de ellas y con mayor razón la Administración, la posibilidad de analizar su viabilidad al momento en que se venciera el plazo inicial.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo
(con impedimento aceptado), Guillermo Chaín Lizcano (conjuez),
William Zambrano Cetina.*

V. FINALIZACIÓN DEL CONTRATO

CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA

Condiciones para su terminación unilateral y anticipada

3 de agosto de 2015

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00041-00(2246)

...«Uno de los mayores riesgos a los que están expuestos los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, es el de la inseguridad jurídica, es decir, el escaso grado de certeza que tienen en relación con la determinación de las normas jurídicas que han de regir determinada empresa o actividad en la cual consideren conveniente invertir una suma de dinero (generalmente cuantiosa). Dicha incertidumbre puede provenir de la enorme cantidad de normas (legales, reglamentarias, administrativas etc.) que estén vigentes en un momento dado, provenientes de autoridades de diferentes ramas y niveles, entre las cuales se suelen encontrar contradicciones, vacíos y conflictos; ora la constante expedición de nuevas disposiciones y la modificación o derogación (no siempre expresa) de las anteriores; ora de la emisión permanente de opiniones e interpretaciones judiciales y administrativas sobre el alcance de dichos preceptos por parte de varias autoridades y, frecuentemente, de alguna combinación de todos los factores mencionados. Esto hace que los inversionistas, especialmente los extranjeros, busquen mecanismos de protección frente a esa clase de inseguridad, y que los estados interesados en atraer la inversión, para aumentar su nivel general de empleo, generar riqueza, promover el desarrollo de ciertos sectores, obtener la transferencia de tecnología y recibir nuevos recursos fiscales y parafiscales, entre otros beneficios económicos y sociales, compitan a nivel internacional para ofrecer mecanismos que minimicen el riesgo jurídico del inversionista. Uno de dichos mecanismos es el de los contratos de estabilidad jurídica, que en

nuestro país fueron previstos y regulados por la Ley 963 de 2005, aunque ya desde antes el legislador había diseñado esquemas similares.

(...)

Lo anterior permite concluir, entonces, en armonía con lo que se ha explicado previamente sobre la terminación unilateral y anticipada de los contratos de estabilidad jurídica, que solo cuando el acto administrativo que decreta dicha terminación quede en firme, puede entenderse efectivamente terminado o extinguido el contrato de que se trate. Esto supone que, luego de tramitarse el procedimiento administrativo previsto en las normas citadas con anterioridad, respetando en todo caso los derechos a la defensa y al debido proceso del contratista afectado, el citado acto administrativo se expida, se notifique al inversionista en forma personal o por los otros medios que prevé el CPACA, se resuelva el recurso de reposición que contra dicha decisión se llegue a interponer y se notifique este segundo acto, o venza el término para presentar dicho recurso, cuando el mismo no haya sido interpuesto o el contratista haya renunciado expresamente a este medio de impugnación.

(...)

En esa medida, el carácter sinalagmático que ciertamente tienen los contratos de estabilidad jurídica es el que justifica precisamente que la Nación, ante un incumplimiento del contratista-inversionista, pueda darlos por terminados en forma unilateral y anticipada, pues mal podría la Nación continuar atada a sus obligaciones durante todo el plazo del contrato, principalmente aquella de mantener congeladas para el inversionista las normas e interpretaciones administrativas incluidas en el contrato como determinantes de la inversión, si el contratista no cumple, por su parte, con sus propias obligaciones. Esta afirmación resulta más contundente aun cuando el incumplimiento se refiere a la realización o el mantenimiento de la inversión ofrecida, en las condiciones que se hayan estipulado en el contrato, pues los beneficios económicos y sociales que para el país deben generar dichas inversiones son los que justifican este régimen excepcional previsto en la Ley 963 de 2005 y la celebración de los respectivos contratos. Pero lo anterior no significa que dichos contratos puedan entenderse terminados desde el mismo momento en que ocurra el presunto incumplimiento, porque la ley no ha previsto esta consecuencia, así como por las demás razones que se han explicado previamente.

(...)

Por lo tanto hasta esa misma fecha el respectivo contrato se encuentra vigente y, en consecuencia, el contratista-inversionista conserva el derecho de exigir que las normas y las interpretaciones administrativas que hayan sido incorporadas en el contrato como determinantes de la inversión le sigan siendo aplicadas, aunque tales normas e interpretaciones hayan sido modificadas en forma adversa a sus intereses durante la vigencia del contrato. Solo desde el día siguiente a aquel en que se produzca la firmeza del acto administrativo que decreta la terminación anticipada del contrato, el inversionista queda sujeto en su integridad a las mismas normas e interpretaciones jurídicas que en ese momento rijan en el país para todas las personas.

(...)

En esa medida, cuando se trate de normas tributarias e interpretaciones a las mismas efectuadas por autoridades administrativas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, no puede cobrar al contribuyente los impuestos directos a los que esté obligado con base en las normas e interpretaciones vigentes al momento en que el inversionista incurrió en el incumplimiento o en la inhabilidad prevista en el artículo 9º de la Ley 963, y menos aún podría exigirle el pago de intereses de mora y sanciones sobre tales sumas, pues en aquel momento el contrato de estabilidad jurídica todavía se encontraba vigente.

(...)

(v) Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que en cada caso particular surja para el contratista-inversionista por los perjuicios ocasionados a la Nación con su incumplimiento, y de aquella que corresponda a los servidores públicos de la entidad contratante por la negligencia, demora o ineficacia en el ejercicio del deber de supervisión del contrato, o en la adopción de las soluciones y correctivos necesarios, una vez detectado el incumplimiento o la inhabilidad.»...

*Álvaro Namén Vargas, Germán Alberto Bula Escobar,
William Zambrano Cetina.*

VI. OTROS

SOCIEDADES COOPERATIVAS

Se rigen por normas de derecho privado a pesar de ser una creación de origen oficial. Diferencias con los establecimientos públicos

20 de febrero de 1959

Radicación: 246-CE-SNG-1959-02-20

...«Por su digno conducto, y con fundamento en el artículo 141 de la Constitución Nacional y el Capítulo IV del Título II del Código de lo Contencioso Administrativo, atentamente consulto a esa H. Corporación si la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, Ltda. es una entidad de derecho público, o de derecho privado

(...)

Sociedades Cooperativas. Aparecen ellas por primera vez en la legislación colombiana en el año de 1931 cuando por la Ley 134 del mismo año se autorizó su fundación, determinó el régimen jurídico a que deberían someterse, señaló las distintas clases de ellas, previo el capital y fondos cooperativos, fijó las condiciones de sus socios y a la vez dispuso a cargo de quiénes estaría la administración de este tipo de sociedades. Finalmente estableció todo lo relativo a fondos de reserva, de distribución de utilidades y a su disolución y liquidación.(...) Propiamente la definición de este tipo de sociedades la da el artículo 23 cuando preceptúa: “Considérase cooperativa toda sociedad de capital y personal variables e ilimitados, en que los asociados organizan en común y con objeto determinada sus actividades o sus intereses individuales, a fin de realizar el progreso económico o social de los que componen la asociación, sin ánimo de lucro y sobre la base de distribución de los beneficios a prorrata de la utilización que cada uno haga de la función social”. En el artículo siguiente al fijar los objetos y fines de esta clase de sociedades prevé que algunos de ellos son “fomentar el crédito,

la industria, la agricultura, las profesiones, artes y oficios, y, en general, de obtener el mejoramiento de las condiciones de los asociados y adherentes de las empresas cooperativas”. El artículo 28 ordena: *“Las sociedades cooperativas acompañarán precisamente su denominación social con las palabras “sociedad cooperativa”; y si fueren de responsabilidad limitada, agregarán esta última palabra”*.

(...)

Fijando a grandes rasgos las características esenciales de esta modalidad de sociedades se puede observar lo siguiente: a) Que son de personal y capital variables e ilimitados; b) Que a ellas les son aplicables, en cuanto no pugnen con su naturaleza peculiar, las disposiciones del Código de Comercio y del Civil sobre sociedades; c) Que tienen una severa vigilancia por parte del Estado a través de distintos órganos que lo representan, entre ellos de la Superintendencia Nacional de Cooperativas; d) Que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales están autorizados para fomentar, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de sociedades cooperativas pudiendo tomar acciones en ellas, auxiliarlas, concederles préstamos, eximir las de ciertos impuestos, etc.; e) Que de ellas pueden hacer parte las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro, y f) Que no hay sino un tipo de sociedad cooperativa, lo que implica que todas las que se funden, cualesquiera que sean sus socios, están sujetas a la Ley básica de ellas que se acaba de analizar.

(...)

Usando de la autorización dada a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales por el artículo 12 de la citada Ley 134 de 1931 sobre cooperativas, se expidió por la de Antioquia la Ordenanza número 45 de 1939. (...) La intención del legislador antioqueño quedó muy claramente definida en la Ordenanza dicha, o sea: fundar una Cooperativa de responsabilidad limitada entre el Departamento y los Municipios que quisieran ser socios de ella, con el derecho para las demás personas jurídicas y particulares de hacerlo como adherentes. Quiso la Ordenanza citada que la Cooperativa por la misma autorizada sirviera al crédito de los asociados y que atendiera a otros frentes indicados por la ley orgánica del ramo tales como el de construcciones, consumo, producción, servicios especiales y fomento. De consiguiente, la voluntad de los fundadores de la Cooperativa que se está analizando fue el de que ella tuviera los mismos caracteres de las demás sociedades de esta clase que funcionan en el país. Y así tenía que ser, porque como se vio atrás, el legislador colombiano no

previo que se pudieran establecer en el territorio cooperativas con distintos fueros y diversa personalidad jurídica, y de consiguiente la Cooperativa de Municipalidades mencionada dé que se trata, para ser aprobada y autorizada por el Gobierno tuvo que acomodarse al régimen jurídico a ella señalado o sea al de sociedades privadas que la ley consagra en el derecho colombiano, lo que vale (decir, que si no tuviera este carácter y fuera una entidad de derecho público o de carácter oficial el Gobierno no habría podido darle la aprobación ni autorizar su funcionamiento. Tan cierto es ello que para que esta clase de sociedades pudieran estimarse como de utilidad y conveniencia públicas, a fin de ampararlas con ciertos privilegios e imponerles determinadas obligaciones, fue preciso que el Gobierno dictara el Decreto Ley número 874 de 1932 en cuyo artículo 1° se dispuso: *“Decláranse de utilidad y conveniencia pública para todos los efectos legales, las sociedades y cooperativas que se constituyan de conformidad con la Ley 134 de 1981”*.

Es obvio que esta declaración no hubiera sido precisa si las cooperativas fueran entidades de derecho público. Y no se puede sostener que tienen ese carácter por la circunstancia de ser sus socios principales el Departamento de Antioquia y los Municipios cooperados entidades oficiales, porque según la legislación civil de Colombia (artículo 2079 del C C) la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y por esto no puede alegarse que la Cooperativa a que se está aludiendo es una entidad de derecho público por el solo hecho de que su capital esté integrada por los aportes del tesoro departamental y municipales porque estos dejan de ser oficiales desde el momento mismo en que se integran a una sociedad de carácter cooperativo a la cual la ley, por todo lo que se ha dejado expuesto, la clasifica entre las entidades de derecho privado. No se debe olvidar para corroborar lo anterior que el mismo legislador antioqueño así lo aceptó implícitamente cuando previo en el inciso c) del artículo 29 dé la mencionada Ordenanza número 45 las condiciones en que podrían formar parte de la cooperativa allí autorizada “las demás personas jurídicas o particulares”. De lo anterior es dable concluir con claridad que la sociedad cooperativa que se estudia no obstante ser una creación de origen oficial, se rige, sin embargo, por las normas de derecho privado.

(...)

La función crediticia que para con los asociados (hoy son 94 Municipios) ejercita la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia es principalmente la financiación de sus obras y entre estas, de preferencia, las plantas eléctricas.

A más de este importante servicio de crédito, les presta otros también de significado a través de un almacén que posee en donde se les suministra a plazos algunos artículos, necesarios a sus obras, tales como contadores eléctricos, de agua, etc. De suerte, que en esencia, los servicios prestados por la Cooperativa dicha a sus socios son los de crédito, bien construyendo directamente ciertas obras de interés público para estos, dándoles facilidades de precio y plazos, o ya también concediéndoles empréstitos para el costo de las mismas obras que se encargan de hacer firmas responsables, previa licitación y con la interventoría de la Cooperativa.

Toda esta función no obstante ser muy importante y plausible, no alcanza, ni con mucho, a tener los caracteres de servicio público a cargo del Estado, de estar incorporado en la Administración de éste y tener condiciones tales que pueda calificarse de técnico por excelencia, que son los requisitos esenciales para un verdadero establecimiento público. ¿Cómo va a ser razonable sostener que el crédito con que sirven los cooperados en la sociedad tantas veces mencionada es un servicio público de los que por naturaleza corresponde prestar al Estado, los Departamentos o Municipios? No es tampoco aceptable que esta finalidad crediticia llevada a cabo por la Cooperativa de que se trata sea igual o semejante a aquella persona administrativa descentralizada contemplada por el tratadista Waline “encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos conexos, a cargo del Estado” como *vr. gr.* las Empresas Públicas Municipales de Medellín, para citar un caso de Antioquia, las que sí tienen la fisonomía clara de un establecimiento público descentralizado. Menos puede decirse que la sencilla función crediticia realizada por la Cooperativa de Municipalidades dicha sea por excelencia técnica, que es otra de las características de aquella clase de establecimientos.

También debe observarse que lo que diferencia fundamentalmente los establecimientos públicos de carácter estatal de los que como la Cooperativa mencionada tienen carácter de entidad de derecho privado, es la ausencia de lucro en estas que las distingue su fisonomía de sociedades de utilidad y conveniencia pública, lo que no sucede en las primeras o sean los organismos autónomos descentralizados que forman parte, por ejemplo, en las Empresas Públicas Municipales de Medellín para la prestación de servicios técnicos como los de luz, agua, teléfonos y alcantarillado que son parte manifiesta o saliente de los servicios distritales y los que naturalmente deben administrarse con un criterio de lucro, claro que sin explotación exagerada, para que con sus productos ensancharlos y mejorarlos cada día tal como lo exigen las necesidades de los asociados»...

José Urbano Múnera

CONTROL FISCAL A LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Carácter posterior. La Contraloría no puede intervenir en ningún proceso administrativo de contratación

14 de diciembre de 1992

Radicación: 177-CE-SC-EXP1992-N486(486)

...«El artículo 98 del Decreto 222 de 1983 no fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política en lo que respecta al sistema de control posterior. El alcance del control posterior se aplica una vez se haya realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control. La Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y de las operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, y los actos de ejecución para verificar si todo ello se hizo de acuerdo con las leyes y los reglamentos establecidos por ella. La Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los mismos.»...

*Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Régimen de contratación y control fiscal de las Universidades

25 de mayo de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N609

...«La contratación, por parte de las universidades estatales u oficiales, se rige por las normas contenidas en el capítulo VI de la Ley 30 de 1992. Las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos, deben someterse a las normas de la Ley 80 de 1993.»...

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Régimen de Contratación Aplicable

19 de julio de 1995

Radicación: 124-CE-SC-EXP1995-N704

...«El régimen aplicable en la celebración de contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios por parte de las personas prestadoras de servicios públicos, es el del derecho privado, con las salvedades que dispone la Ley 142 de 1994, respecto del contrato de concesión en cuya celebración puede acogerse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 en los términos y condiciones analizados. La remisión hecha por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 debe entenderse formulada respecto del inciso segundo del artículo 5° del Decreto - ley 3135 de 1968 y no del primero, como equivocadamente aparece en el texto legal. El orden municipal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, beneficiarias del régimen de exención tributaria por siete años, según el artículo 24.2 de la Ley 142 de 1994, se determina conforme disponga el acto de creación, para las oficiales o mixtas, o lo exprese el objeto social de las empresa privada.»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza.*

CONTRATO ESTATAL Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

Contenidos y exigencias

17 de octubre de 1995

Radicación: CE-SC-RAD1999-N739(739)

...«El nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expedido mediante la ley 80 de 1993, en relación con el contenido del contrato estatal consigna las siguientes orientaciones fundamentales: que sus estipulaciones serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley, correspondan a su esencia y naturaleza; que las entidades estatales podrán celebrar los contratos y acuerdos que permita la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales; y que en tales contratos podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, y a los principios y fines de la contratación estatal y d la buena administración (arts. 13 y 40). (...)

Los contratos interadministrativos se rigen esencialmente por las normas pertinentes del derecho privado y sus estipulaciones serán las que consulten el cumplimiento de los fines del Estado y las que resulten de la correcta utilización de la autonomía de la voluntad, que en la nueva legislación retoma su condición de principio rector. Sin embargo, subsisten algunas exigencias que son de derecho público: sujetar los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevar a cabo el registro presupuestal y ordenar la correspondiente publicación de su texto (Constitución Política, art. 345; ley 80 de 1993, parágrafo 30. del art. 4 1, y decreto 855 de 1994, art.7o. Lo cual significa que logrado el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y elevado el contrato a escrito, con los requisitos indicados se cumplirá el trámite administrativo de legalización.»...

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

HACIENDA PÚBLICA

I. BIENES DEL ESTADO

A. TIPOS DE BIENES DEL ESTADO

BIENES DE USO PÚBLICO

Demolición del pabellón central del Parque de la Independencia

14 de diciembre de 1915

Radicación: 04-CE-SNG-1915-12-14

...«El Gobierno, en ejercicio de la facultad administrativa que le corresponde conforme a las leyes, resolvió vender los materiales de que está fabricado el Pabellón Central del Parque de la Independencia, con la idea de que el comprador se encargará de la demolición del edificio. A este efecto dictó las disposiciones pertinentes con estricta sujeción a lo ordenado por el Código Fiscal para la venta en pública subasta, las cuales constan en el expediente de licitación que acompañó a la presente y que la Sala de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo estudió en oportunidad.

(...)

El Gobierno insiste en demoler el edificio en referencia, debido a que, habiendo sido construido para una corta duración, la permanencia de él es un peligro, su conservación costosa e inútil y su aspecto antiestético y estorboso.

(...)

Si se tratase de enajenar el edificio referido con el suelo o sin él, el contrato sería de compraventa de un bien inmueble, enajenación que no podría consumarse sin autorización dada en ley especial, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 12 del Código Fiscal.

(...)

Cree vuestra Comisión que el Pabellón puede demolerse o reformarse por administración, o contratarse ese servicio en los términos previstos por la ley, mediante la aprobación del Presidente de la República del Consejo de Ministros, según el caso (artículo 31 del Código Fiscal), el avalúo pericial y la licitación pública, si no se estuviere en el caso urgente de que trata el artículo 27 del Código citado.

(...)

Demolido el edificio y separados los materiales que lo forman, puede él Gobierno vender éstos en su calidad de bienes muebles si a su juicio no son necesarios para el servicio público según lo estatuido en el inciso 1° del artículo 12 del Código Fiscal citado.

(...)

[E]l Gobierno está facultado legalmente para demoler o reformar, por administración, el Pabellón Central del Parque de la Independencia, si a juicio de la Dirección de Obras Públicas Nacionales el edificio amenaza ruina o si su demolición constituye una mejora para el Parque. Demolido dicho edificio y separados los materiales de que está construido, el Gobierno puede vender éstos como bienes muebles, si a su juicio no son necesarios para el servicio público; y en el caso de venta de dichos materiales, ésta debe sujetarse a las reglas prescritas en el capítulo II del Título 1° del Código Fiscal. »...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lacides Segovia

BIENES DE USO PÚBLICO

Poder de policía administrativa en el proceso de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989 art. 67).

26 de febrero de 1992

Radicación: 132-CE-SC-EXP1992-N425 (425)

«Las disposiciones relativas a la Policía, en principio, son de carácter administrativo. La especie pertenece al género que la identifica y define. Los medios y fines de policía consisten en las medidas jurídicas tendientes a preservar el orden, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y las condiciones económicas de convivencia social. Las prescripciones de policía que son preventivas, con las prestaciones, provenientes de los servicios públicos a cargo de entidades oficiales, concurren en la finalidad de utilidad pública del Derecho Administrativo.

De manera que no es dable distinguir y definir, como dos aspectos antitéticos, el Derecho Público, específicamente, el Derecho Administrativo, y las medidas de policía. Por el contrario, entre ellos existe el nexo indicado y la necesaria armonía propia del estado de derecho que implica que los poderes de policía, con las finalidades indicadas, deben ejercerse con fundamento en reglas y principios de Derecho Público. Lo expuesto explica que las decisiones que se profieran en ejercicio de los poderes de policía, o bajo el supuesto de ejercerlos, necesariamente están sujetas a control jurisdiccional, como todos los actos administrativos, con la sola excepción de los de «mero trámite que no pongan término al procedimiento administrativo.

Sólo excepcionalmente se ha admitido, desde la Ley 99 de 1919 hasta la actualidad (art. 82 del C.C.A.), que las decisiones proferidas en juicios civiles y penales de policía no pueden ser objeto de control jurisdiccional, siempre que estos procesos sean regulados directa y exclusivamente por la ley y tengan un carácter paralelo o semejante a las sentencias, denominado por el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de agosto de

1976, «parajurisdiccional». Los procesos civiles de policía tienen partes contrapuestas, se adelantan mediante un procedimiento que se asemeja a los de carácter jurisdiccional y la sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, así la decisión definitiva de la controversia, eminentemente civil, deba deferirse a los jueces competentes de la jurisdicción ordinaria. Un claro ejemplo de estos procesos es el contemplado por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, sobre ocupación de hecho.

(...)

El artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 aclaró que los actos dictados con fundamento en el artículo 66 de la misma Ley y en el Código Nacional de Policía para ordenar la suspensión de obras y la restitución de vías públicas son administrativos y, por lo mismo, pueden ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los actos que se expidan con fundamento en los artículos 215 y 216 del Código Nacional de Policía también son administrativos y pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,
Jaime Paredes Tamayo*

BIENES DE USO PÚBLICO

Plazas de mercado. Protección constitucional a los bienes de los municipios

27 de octubre de 1992

Radicación: 109-CE-SC-EXP1992-N466 (466)

...«Esta autorización concedida por el Concejo Municipal de Bucaramanga encuadra dentro de las atribuciones constitucionales y los fines de un plan de desarrollo, por cuanto se limita a facultar al Gerente de las Empresas Públicas para levantar planos y obtener la financiación del proyecto de construcción de una plaza de mercado en el lote donde funcionaba la «Casa de Mercado Central, arrasada por un incendio». Pero no se concede, por el artículo transcrito, facultad alguna sobre la enajenación de bienes inmuebles donde funciona actualmente el mercado central. De consiguiente, el propósito de enajenar tales bienes, a los actuales inquilinos una vez destruida la plaza carece de fundamento en el Acuerdo citado, y como se vio en la Ley 9a. de 1989, ni lo autoriza el Decreto 222 de 1983.

Como bien que participa de la naturaleza de los de uso público y conforme al artículo 674 del Código Civil, el destino del inmueble en cuestión está regido por las limitaciones en el ejercicio de algunos de los atributos del derecho de dominio, específicamente el «ius obutendi», por disposiciones previstas en la ley.

Lo anteriormente expuesto guarda estrecha armonía con el artículo 1853 del Código citado que prohíbe a los administradores de un establecimiento público, vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no estaba comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente. En igual sentido reitera el artículo 30 del Decreto 1050 de 1989, que, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los previstos por la ley o

normas que los creó o por sus estatutos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en tales normas.

El Municipio de Bucaramanga está en la obligación de garantizar la prestación del servicio del mercado público en el inmueble destinado al efecto para lo cual debe obtener la autorización correspondiente del Concejo Municipal sobre construcción de una plaza de mercado en el lote donde funcionaba la Casa de Mercado Central.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco*

BIENES DE USO PÚBLICO

Acción de restitución y acción reivindicatoria

16 de marzo de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N584 (584)

...«Los inmuebles cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, conservaron su carácter de bienes fiscales, con excepción de aquellos que fueron destinados a la conservación de la fauna, la flora y el medio ambiente, los cuales adquirieron la naturaleza de bienes de uso público. La acción procedente para la recuperación de los bienes que adquirieron el carácter de uso público, es la acción de restitución prevista en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, la cual puede ser ejercida por los alcaldes de la jurisdicción en donde aquellos se encuentren ubicados. Pero en tratándose de bienes fiscales, será menester acudir a la justicia ordinaria mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, que respecto de actividades o bienes agrarios, se ejerce ante la jurisdicción agraria, creada y organizada por el Decreto - Ley 2303 de 1989. Corresponde entonces al Departamento del Tolima, hacer un examen cuidadoso de la destinación de los predios y promover las acciones pertinentes, con el fin de obtener la recuperación de los bienes de su propiedad, invadidos por particulares. Respecto de los terrenos cedidos por el INCORA al departamento del Tolima, que ostentan el carácter de bienes fiscales, proceder el pago de las mejoras necesarias y útiles a los individuos que se encuentran en posesión de los mismos, de acuerdo con lo que disponga el juez competente. La situación jurídica es la misma para los poseedores de dichos bienes, así sean anteriores o posteriores a la fecha en que se hizo la cesión, siempre que no se haya producido el fenómeno de la prescripción.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo*

BIENES DE USO PÚBLICO

Humedales

28 de octubre de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N642 (642)

...«Dadas sus características y funciones naturales, los humedales son bienes de uso público, salvo los que formen parte de los predios de propiedad privada, aunque en este último caso la función social y ecológica de la propiedad permite a la autoridad competente el imponer limitaciones con el objeto de conservarlos. Los humedales, cuando son reservas naturales de agua, están constituidos jurídicamente como bienes de uso público y por tanto, son inalienables e imprescriptibles, por mandato del artículo 63 de la Constitución Política. Cuando se encuentran en predios de propiedad privada, pueden ser preservados como tales en razón del principio constitucional según el cual el interés público o social prevalece sobre el interés particular. Por tratarse de bienes de uso público, por regla general no es admisible la existencia de derechos adquiridos sobre los inmuebles conocidos con el nombre de humedales. Sin embargo, por excepción, es jurídicamente válida la referencia a derechos privados adquiridos cuando la vertiente «nace y muere dentro de una misma heredad» o cuando el humedal se encuentra en terrenos de propiedad privada. En los eventos en los cuales exista un derecho privado sobre un área contentiva de un humedal, el cual haya sido adquirido o consolidado con arreglo a la ley, las autoridades competentes del Distrito Capital pueden adelantar una negociación directa de compraventa con quienes acrediten su calidad de propietarios (Decreto - Ley 2811 de 1974, artículo 69 y Ley 80 de 1993, artículo 24). Si es el caso, pueden procederse, ya a la expropiación (Constitución Política, artículo 58 y Ley 9a. de 1989 artículos 9o. a 38 y 53), o bien a la limitación de la propiedad privada con el fin de hacer prevalecer la función ecológica que cumplen los humedales, siguiendo la regulación prevista por el artículo 67 del Código Nacional de Recursos Naturales. Para velar por el cumplimiento oportuno y eficaz de los

finés naturales que corresponden a los humedales, es viable utilizar como instrumento jurídico la declaratoria de reserva ecológica o ambiental, con fundamento en disposiciones tales como las contenidas en el Decreto - Ley 2811 de 1974 (artículo 47), la Ley 99 de 1993 (artículo 65) y el Decreto ley 1421 del mismo año (artículo 12, numeral 12). Si se tiene certeza de su condición de bien de uso público, el alcalde de la jurisdicción en donde se encuentren los humedales puede ejercitar la acción restitutorio prevista en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, y para su defensa, la acción popular consagrada en los artículos 1005 del Código Civil y 8o. de la Ley 9a. de 1989. Si los humedales son de uso público, los notarios no pueden autorizar la celebración de actos jurídicos mediante escritura pública que afecten su dominio o le impongan limitaciones. Por tanto, no les es permitido que se reciban, extiendan o autoricen declaraciones de particulares tendientes a que se corran a su nombre escrituras públicas sobre terrenos o áreas en donde existan humedales con tales características y que impliquen su enajenación, subdivisión, loteo, parcelación o segregación. Tampoco se podrá proceder a su registro.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo*

BIEN INMUEBLE RURAL

Enajenación por no cumplir su finalidad

3 de mayo de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N509 (509)

...«El art. 33 de la ley 9a. de 1989 se refiere a todos los inmuebles de las entidades públicas, urbanos suburbanos y rurales. Además concede un plazo de cinco años, contados desde su promulgación, o desde la fecha de adquisición del inmueble, si se efectuó o realiza con posterioridad a su vigencia, para aplicarlo a la finalidad con que fue adquirido. De lo contrario se lo debe enajenar. Los arts. 146 y 147 del Decreto - Ley 222 de 1983 son aplicables - salvo excepción legal - a las ventas y permutas de inmuebles que realicen las entidades públicas por causa o motivos distintos del prescrito con carácter especial, por el art. 33 de la ley 9a. de 1989.»

*Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

BIENES PÚBLICOS

Afectación y disposición de bienes públicos

18 de junio de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154)

...«La afectación, como criterio para la determinación y clasificación de los bienes públicos dentro del comercio o fuera de él, depende del grado de disposición y la forma de administración de los mismos. En tal sentido, afectación y disposición son conceptos que se acompañan y complementan para estos efectos. Y de acuerdo con el grado de afectación al servicio o uso público que un bien del Estado tenga, serán proporcionales a ella las protecciones constitucionales dadas a la propiedad pública. Así podrá ser administrado, según dicho interés, por la entidad del Estado que por su perfil y organización sea el más adecuado.

(...)

En conclusión, lo expuesto resulta aplicable a las diferentes hipótesis en las cuales el Estado es poseedor de un bien inmueble, con las particularidades de cada caso, así:

(a) En los casos en los cuales el municipio es propietario del bien fiscal inmueble y cuenta con un registro inmobiliario, en tanto que su tratamiento se asemeja al de los bienes privados, la prueba que deberá aportarse, pues resulta útil para acreditar la propiedad y, a partir de ahí inducir la posesión, será el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. En otras palabras, la norma en cuestión, inciso final del artículo 48 de La Ley 1551 de 2012, parte del principio de que en algunas situaciones las entidades nacionales exigen la prueba de la propiedad sobre los bienes inmuebles de los municipios que recibirán la intervención, razón por la cual si el municipio es el propietario y cuenta con el registro inmobiliario respectivo, deberá probar este derecho real mediante el certificado correspondiente, expedido en los

términos del artículo 67 de la Ley 1579 de 2012. Es razonable y jurídico que si se cuenta con el documento, frente a la exigencia de la entidad nacional de la prueba de la propiedad, el municipio lo aporte.

No obstante, en atención a que el artículo mencionado permite que la posesión sea suficiente frente a las entidades nacionales, solo para efectos de la inversión, será también posible, si el municipio no cuenta con el certificado de registro correspondiente, que acredite la posesión y la destinación al uso público o a los servicios públicos.

(b) En los casos en los cuales el Estado es propietario y el título correspondiente consta exclusivamente en la Constitución Política o en las leyes –por ejemplo, los bienes baldíos, ejidos, bienes de uso público–, las entidades nacionales que exijan título de propiedad a las entidades territoriales para proceder con las inversiones en el inmueble correspondiente, habrán de darse por satisfechas con la acreditación de la posesión y de la destinación del bien al uso público o a un servicio público.

(c) En relación con aquellas situaciones en las cuales el Estado es poseedor, pero no propietario –puesto que no cuenta con título alguno de índole constitucional, legal o registral– y ha configurado una situación susceptible de ser calificada como ocupación de hecho permanente de bien inmueble con ánimo de señor y dueño, la posesión y la destinación habrán de acreditarse en la forma explicada en relación con el entendimiento de la figura bajo los elementos del *animus* y el *corpus*.

En el supuesto específico de la ocupación de hecho de una entidad estatal sobre un bien de propiedad privada, no es posible concluir que la posesión del bien suple la prueba de la propiedad del Estado, puesto que resulta evidente que en este caso el bien no es de propiedad del Estado sino del particular, a quien una entidad estatal ha ocupado sin el respaldo de la juridicidad. Tanto así que el particular tiene derecho a demandar para que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado y se le indemnice (artículo 140 de la Ley 1437 de 2011). A pesar de ello, el contenido de la norma es inequívoco en cuanto a que incluso en esta situación la prueba de la posesión y la destinación del inmueble por parte del municipio, es suficiente para que la entidad nacional dé por satisfechos los requisitos para proceder con la inversión.

Por último, la prueba de la “*destinación al uso público o a la prestación de un servicio público*” del bien puede provenir de: (i) disposición legal;

(ii) instrumentos de planeación, como el POT; (iii) acto administrativo de afectación del bien inmueble; (iv) inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente de la afectación y su vigencia, cuando haya lugar a ello; (v) certificación debidamente motivada expedida por la entidad en la que conste el uso específico que se le da al bien; (vi) otros documentos o medios probatorios idóneos en los que se evidencie el uso público o la destinación del bien a un uso o un servicio público.»...

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina*

BIENES NACIONALES

Enajenación

19 de junio de 1997

Radicación: 0-CE-SC-RAD1997-N994 (994)

...«La enajenación de bienes de propiedad de la Nación, ya sea a título oneroso o a título gratuito, es competencia asignada al Presidente de la República, quien deberá disponer de la autorización previa del Congreso otorgada mediante ley. Solamente cuando el Presidente de la República hubiese celebrado contratos o convenios, sin autorización previa, pero mediando “razones de evidente necesidad nacional”, es admisible la posterior aprobación por parte del Congreso, como se deduce del artículo 150, numeral 14, de la Carta Política. Dispone la ley 9ª. de 1989, en su artículo 36, que las entidades públicas podrán enajenar sus inmuebles, sin sujeción al límite del avalúo administrativo especial y sin que medie licitación pública, entre otros, en el caso siguiente:

1. Cuando se trate de una enajenación a otra entidad pública. Esta excepción procederá una sola vez respecto del mismo inmueble. Como consecuencia, el Presidente de la República, actuando en nombre de la Nación y en ejercicio de la autorización conferida por el artículo 36 de la ley 9ª. de 1989, puede enajenar a título gratuito en favor de entidades públicas, en este caso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto de Seguros Sociales y el Centro de Limitados Neuromusculares y Ortopédicos, los lotes correspondientes, dentro del terreno de 90.400 metros cuadrados cedido en el año de 1970 a la Nación - Ministerio de Salud por el municipio de Cúcuta. Los respectivos contratos serán suscritos por el Presidente de la República, o su delegado - que puede ser el Ministro de Salud - y por los representantes legales de las entidades donatarias, debidamente autorizados.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo*

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

Utilización

5 de agosto de 1998

Radicación: CE-SC-RAD1998-N1120 (1120)

...«Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transmitir información e imágenes a corta y larga distancias.

Las frecuencias del espectro electromagnético tienen la capacidad de servir para satisfacer la necesidad general de comunicación de la sociedad. La transmisión “inteligente” de informaciones con la infraestructura tecnológica contemporánea, ha sido incorporada en los términos del servicio público, por la tradición legislativa colombiana y los instrumentos internacionales que gobiernan la comunicación internacional, el uso del espectro y sus frecuencias. Significa esto que el aprovechamiento de los canales radioeléctricos se hace dentro del régimen del servicio público, cuyo regulador es el legislador colombiano. Así, el artículo 5o. de la ley 72 de 1989 prescribe: “Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso la facultad de control y vigilancia”.

Por tener la calidad de bien público, el espectro electromagnético es inenajenable, imprescriptible e inembargable, puesto que hace parte del patrimonio y del territorio colombianos y pertenece, por tanto, a la Nación. Razones de soberanía, seguridad nacional e interés social justifican que se encuentre sujeto a la gestión y control del Estado, como lo prescribe el artículo 75 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, el Estado no puede intervenir el espectro electromagnético en su totalidad. Sólo puede intervenir o controlar el rango de frecuencias que se utilizan para las comunicaciones. Su gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad, entre otros, con los artículos 19 y siguientes del decreto 1900 de 1990, artículos 3o. y siguientes del decreto 1901 del mismo año.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo*

INTERNET

Dominio “punto co” carácter público

11 de diciembre de 2001

Radicación: 11001-03-06-000-2001-01376-00 (1376)

...« A partir de los diversos conceptos expuestos por varios expertos en la materia, puede decirse que en sentido técnico la Internet es un inmenso conjunto mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier computador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto, para interactuar o compartir información o recursos.

(...)

g) Conforme a las normas transcritas el nombre de «Colombia» posee interés histórico, lingüístico y testimonial, y por ende forma parte del patrimonio cultural de la nación. Además, desde 1989 el gobierno nacional, a través del Ministerio de Educación, intervino en las actividades propias de la RED en orden a “vincular la actividad del Sistema de Educación Superior a las fuentes de información científica”, decisión que encaja plenamente en las funciones que la Constitución Política de 1991 asigna al Estado, como se desprende de las normas atrás citadas.

(...)

Así las cosas, la administración del dominio .co y el derivado registro de los nombres de dominio en Colombia, para la red de la Internet, es un asunto relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones y en consecuencia, existe la competencia del Gobierno nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, para su planeación, regulación y control, de conformidad con las normas citadas en precedencia y las concordantes del decreto 1130 de 1999, con mayor razón cuanto que el dominio .co, como se

explicó en el punto 2.5, constituye un recurso de interés público, respecto del cual el Estado colombiano debe velar por su adecuada utilización para hacer prevalecer el interés general, de acuerdo con el principio instituido por el artículo 1° de la Constitución Política...»

(...)

La Internet hace ostensible la necesidad de que el Estado adopte decisiones inaplazables encaminadas a regular todo lo atinente al dominio .co., protección tanto del nombre de Colombia, como los de sus ciudades y lugares de interés económico, cultural o turístico, de eventuales ciberocupaciones mediante nombres de dominio. Igualmente, convendrá mucho al país que, por parte del gobierno nacional, se avance con otros Estados en acuerdos de regulación de las anteriores materias, dada la importancia que para Colombia tiene la Internet como espacio propicio a las relaciones científicas, culturales, sociales y comerciales de nuestra comunidad nacional con otras del hemisferio, y como complemento a la legislación que sobre comercio electrónico se adoptó...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry, Flavio Rodríguez Arce
(salvamento de voto), Augusto Trejos Jaramillo*

PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Inalienables

26 de octubre de 1992

Radicación 101-CE-SC-EXP1992-N467 (467)

...«Los inmuebles de propiedad de la Nación declarados monumentos nacionales por su importancia histórica, están comprendidos en las prescripciones del artículo 72 de la Constitución Nacional, y por lo mismo, son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no pueden ser objeto de venta en los términos de la Ley 124 de 1985.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco*

RECURSOS GENÉTICOS

Propiedad

8 de agosto de 1997

Radicación: CE-SC-RAD1997-N977(977)

...«2.1 El régimen jurídico de propiedad aplicable a los recursos genéticos, de utilidad real o potencial, es el establecido para los bienes de dominio público, en forma general en la Constitución Política, y de manera particular, en la decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en el decreto ley 2811 de 1974, la ley 165 de 1994 y las disposiciones legales que en el futuro se expidan sobre la materia.

2.2 El tratamiento jurídico de los recursos genéticos no es el mismo que le da la legislación colombiana a los recursos naturales no renovables, porque éstos tienen un régimen legal especial, el cual no dispone que sus normas se apliquen también a los recursos naturales renovables. Por el contrario, existe un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y disposiciones que lo adicionan y complementan.

2.3 Al recurso genético puede dársele un tratamiento jurídico de propiedad independiente al previsto para el recurso biológico. Aunque éste contiene al primero, mientras formen unidad o estén integrados, la función ecológica impuesta a la propiedad privada y el interés nacional garantizan la propiedad pública de la Nación y una vez separados cada uno se sujeta al régimen jurídico que le es propio.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Augusto Trejos Jaramillo*

PLAYAS Y TERRENOS DE BAJAMAR

Bienes de uso público pertenecientes a la Nación. Delimitación

29 de abril de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00071-00 (2014)

...«Las playas, dado su carácter de bienes de uso público, son de propiedad exclusiva de la Nación y tienen un interés estratégico en sí mismas, no sólo por razones ambientales y económicas, sino también por motivaciones geopolíticas, como se explicó en el concepto N° 1682 de 2005. En efecto, el límite exterior o marítimo de las playas y los terrenos de bajamar está conformado por la línea de la más baja marea (LMBMP), la cual constituye, a su vez, el límite interior del mar territorial. Desde este punto de vista la delimitación de las playas y los terrenos de bajamar concierne a intereses nacionales evidentemente asociados al concepto mismo de soberanía.

Así como las playas y terrenos de bajamar son bienes de uso público pertenecientes a la nación, son al mismo tiempo áreas del suelo que físicamente se encuentran dentro de la jurisdicción de los respectivos municipios, sobre las cuales las autoridades locales ejercen autoridad. Forman parte del suelo del municipio, y en esa medida a playas y terrenos de bajamar se extiende la función reglamentaria de los usos del suelo que el artículo 313-7 constitucional asigna a los concejos municipales y distritales. Se trata de una competencia que, por supuesto, los concejos deben ejercer dentro de los límites de la Constitución y la ley (artículo 287 de la Carta).

Sobre las playas y terrenos de bajamar, como bienes de uso público que son, la nación y los municipios tienen responsabilidades compartidas de diversa naturaleza. Por consiguiente, las leyes que se ocupen de la materia deben balancear dos extremos de relevancia constitucional, a saber: i) la autonomía de los municipios para “la gestión de sus intereses”, de acuerdo con el artículo 287 C.P., es decir, para la gestión de los intereses locales, gestión que incluye la protección, cuidado y control de las playas y

terrenos de bajamar que se encuentren dentro de los términos municipales y distritales, y ii) la gestión de un interés del orden nacional, como es sin duda el relativo a las playas y terrenos de bajamar de toda la república y su delimitación, de la misma manera que ocurre con la gestión del subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo; estas son responsabilidades públicas que desbordan el ámbito de las competencias puramente locales y que solo pueden estar localizadas en cabeza de un organismo del orden nacional. De esta manera la nación vela por lo suyo.

De otra parte, si la competencia para delimitar las playas marítimas y los terrenos de bajamar quedara dispersa en autoridades de los diferentes distritos y municipios costeros, nada garantizaría la aplicación de un estándar nacional en cuanto a criterios jurídicos, científicos y técnicos, riesgo mayor aún si se observa que la mayoría de dichos municipios son pobres, territorialmente extensos, despoblados e incomunicados, y carecen de los recursos humanos, administrativos, financieros y técnicos que exige esta compleja labor.

En cuanto hace a la delimitación de estos bienes, nacionales en un sentido y municipales en otro según lo antes expuesto, constata la Sala que la ley, en particular el artículo 167 del decreto 2324 de 1984, ha establecido reglas y criterios generales que permiten determinar o hacen determinable hasta dónde se extienden las playas y los terrenos de bajamar a lo largo de las costas marítimas del país. Esta normatividad, que se enmarca en la Constitución, debe ser observada por todas las autoridades, administrativas y judiciales, en virtud de su obligación de acatar la Constitución y la ley según está prescrito en los artículos 121 y 123 de la Constitución. Observa sin embargo la Sala que no basta con las expresiones genéricas y abstractas de la ley para tener certeza, en la realidad práctica, sobre la localización precisa de playas y terrenos de bajamar en todos los lugares de la variada geografía de nuestras costas marítimas. Es necesario traducir y materializar dichas normas en mapas. Y a los mapas se llega a partir de un proceso técnico de delimitación de los espacios que permita trazar líneas fronterizas o divisorias entre playas y terrenos de bajamar y otros tipos de suelo con los cuales limitan aquellos bienes de uso público.

La delimitación de playas y terrenos de bajamar que permita convertir la norma legal en mapas, teniendo en cuenta las condiciones específicas del terreno, es un procedimiento científico que demanda el aprovechamiento de todos los recursos propios de la técnica cartográfica. Esta necesidad de concreción de la norma en la realidad de cada caso, mediante el uso de

medios científicos y técnicos avanzados, ha convertido a la DIMAR en la autoridad que siempre ha de ser consultada por las autoridades, y cuyos dictámenes sobre la materia son determinantes para resolver todos los casos dudosos o litigiosos. Así está dispuesto en la ley...».

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina*

B. ACTOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DEL ESTADO

ADJUDICACIÓN

*De bienes baldíos. Inexistencia de procedimiento para hacer valer
derechos de terceros*

2 de noviembre de 1916

Radicación: 709-CE-SNG-1916-11-02

...«¿La sola destinación que haga la ley, de acuerdo con el artículo 93 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), de un terreno como baldío, es suficiente título para que se pueda adjudicar como tal, y por lo mismo, sin otra actuación, ordenar las diligencias y formalidades que preceptúan los artículos 94 y 95 de la misma Ley? ¿O, por el contrario, a pesar de que la ley destine conforme al artículo 93 una porción especial de terrenos baldíos, se necesita, además de esta destinación, la comprobación del carácter de baldíos, por medio de la práctica de las diligencias que la Ley 110 de 1912 ordena en general para la adjudicación de todos los terrenos baldíos, en los artículos 68 a 80, con el fin de amparar los derechos de terceros que puedan ser perjudicados con la adjudicación que se hiciera?

(...)

Los artículos 93, 94 y 95 del Código Fiscal, relativos a las adjudicaciones de baldíos para servicios públicos departamentales y municipales, no establecen ningún procedimiento administrativo que permita a terceros interesados hacer valer sus derechos; pero no puede admitirse que el legislador hubiese querido poner a éstos en peor condición, que a las entidades públicas favorecidas por alguna ley especial. De modo que es lícito interpretar que al consagrarse las disposiciones antes citadas, se dejaron

implícitamente a salvo los derechos de dichos terceros, ya se refieran a meras expectativas, ya a derechos adquiridos.

Este principio, en cuanto a colonos o cultivadores de tierras baldías, ha sido reconocido constantemente en las leyes del país. Para no hacer citas de las que rigieron en los albores de la República, puede verse el artículo 933 del Código Fiscal de 1873. No está pues fuera de razón y de derecho, y menos aún de la justicia y de las conveniencias del estado, el sostener que los expresados artículos 93 y 95 al código fiscal solo tienen por objeto facilitar las adjudicaciones de tierras baldías que, sin arrebatar o vulnerar derechos de terceros, se hagan a favor de departamentos o municipios.

La interpretación contraria conduciría a actos inicuos, dejaría en descubierto a los colonos y cultivadores que han regado con su sudor los surcos de sus pequeños predios y granjas, con la firme creencia de que serían amparados por la fe pública y de que tendrían la protección del legislador. No es de presumirse que haya estado en la mente de este el propósito de arrebatar esos derechos, ni puede estarlo en la del gobierno, que debe velar por los intereses de quienes son los verdaderos zapadores del progreso y los más eficaces defensores de la integridad nacional.

Lo expuesto autoriza para sostener que en el capítulo VI, Libro I, Título II, del Código Fiscal; existe un vacío o deficiencia, consistente en la falta de preceptos que permitan las oposiciones a que haya lugar en los casos de que dentro de las extensiones de terrenos baldíos cedidas por la ley a los Departamentos o Municipios, se encuentren porciones correspondientes a terceros, que las hayan adquirido a cualquier título.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido dice el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, se aplican las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Este sistema de analogía, que existe en todas las legislaciones, se pone en práctica a menudo, y especialmente cuando el caso o materia semejante se refiere a procedimiento adjetivo.

En la misma obra, o sea en el Código Fiscal, se encuentra el artículo 79 ya transcrito, según el cual las controversias entre colonos y adjudicatarios, entre aquéllos o éstos, con terceros, que reclamen dominio sobre el terreno cultivado o adjudicado, se deciden judicialmente por la vía ordinaria; bien entendido que los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores. Pero si bien se mira esta disposición, que es como una

consecuencia de la consignada en el artículo 78 *ibídem*, se refiere a casos especiales, al paso que las reglas que para las oposiciones establecen los artículos 70 a 74 del mismo Código son de «carácter general y aplicables al caso que se contempla; esto es, al modo de oponerse a las adjudicaciones, por cualquier persona que tenga interés en ello.

Con la aplicación de este sistema se purgarán de antemano los títulos que se extiendan a dichas entidades, de los vicios o irregularidades de que aquéllos puedan adolecer por haberse hecho concesiones de tierras ocupadas por colonos o cultivadores, o por terceros que posean la prueba o título para acreditar derechos adquiridos, sobre las tierras baldías que son objeto de la «adjudicación definitiva»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lacides Segovia

ADJUDICACIÓN

De minas en lechos de ríos navegables

16 de abril de 1917

Radicación: CE-SNG-1917-04-16

...«La Ley 72 de 1910 en su artículo 5° dispuso, inspirada en motivos de utilidad pública, que no pueden adjudicarse minas en los lechos de los ríos navegables, con lo cual se reforzó y reprodujo, en cierto modo, el espíritu y esencia del artículo 175 del Código de Minas que prohíbe elaborar aquéllas cuyo laboreo perjudique las obras públicas, las poblaciones, las habitaciones de particulares y las aguas sobre las cuales se hace algún uso. En vista de la existencia de este último precepto quizá holgase el de la Ley de 1910, pero para mayor abundamiento el legislador no se concretó a prohibir la explotación de las minas que pudiesen afectar aquellos elementos, sino que quiso comprender dentro de la inhabilidad de adjudicación aquellas que yaciesen en el lecho de ríos navegables. En el punto que se consulta se pretende hacer surgir una diferencia entre mina y exceso, lo cual no es difícil de comprender. Visto el asunto por el aspecto del hecho, o sea la materialidad geológica, el exceso no es sino una parte o desmembración de la mina; es un accesorio. Examinado por la faz del derecho, la mina es la porción explotable comprendida dentro de los límites de la adjudicación o reconocimiento oficial, y exceso es otra porción de terreno explotable adyacente a una mina adjudicada y sobre el cual no se ha constituido ningún derecho, pero que en un momento dado puede constituirse, si con ello no se lesiona el interés privado o público.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lacides Segovia

ADQUISICIÓN O USO DE BIENES DE PROPIEDAD ESTATAL

Por servidores públicos

19 de julio de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1360 (1360)

...«Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado (art. 60 C.N.), la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos (art.180.4 *ibídem*) y la genérica del artículo 10 de la ley 80 de 1993... (...)

[S]e deduce que la prohibición del artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten.

En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social. Ahora bien, el derecho de propiedad, como se sabe, contiene las facultades de usar, gozar y disponer del bien, y cuando su titular autoriza que otra persona goce del mismo a cambio de un determinado precio o valor, el derecho de uso se traslada, como ocurre con el contrato de arrendamiento.

En el contexto planteado, cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de entidades estatales, también deben cumplirse

los requisitos previstos en el artículo 10, esto es, que se ofrezcan al público en general, es decir, que sean ofertados, y que la invitación contenga condiciones comunes, de lo cual se sigue que el contrato habrá de celebrarse con quien presentó la mejor oferta.

De esta manera, sólo si se cumplen los requisitos señalados pueden participar los servidores públicos en el proceso de oferta de arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de entidades estatales, pues en los casos en que éstos no se ofrezcan al público en condiciones comunes se estará en presencia, bien de un contrato de arrendamiento por adhesión o de uno cuyas condiciones fueron materia de acuerdo, lo cual, en la práctica, implica una contratación directa, conducta proscrita respecto de los servidores públicos por los artículos 127 de la Carta y 8o. literal f) de la ley 80 de 1993. (...)

[E]n cuanto la intervención de los servidores públicos, directa o indirecta, se restringe a los casos en que la adquisición de los bienes de propiedad de entidades estatales esté mediada necesariamente por los procedimientos de subasta pública o privada - o cuando la misma se efectúe por mandato legal -.

La coherencia normativa de las dos disposiciones permite determinar el alcance de la excepción a la prohibición contenida en el artículo 127 de la Carta, pues el legislador autoriza la participación de los servidores públicos en la adquisición de bienes de entidades estatales, sólo cuando ellos son ofrecidos al público en general, utilizando mecanismos adecuados de publicidad que garanticen la concurrencia de todos los potenciales interesados, fórmula que no otorga ningún privilegio al servidor público y que, por el contrario, asegura igualdad de oportunidades y de condiciones, como ya se analizó..

La norma limita la incompatibilidad a quienes por obligación legal, o como acontece en el caso consultado por razón de convenio interadministrativo, deben adelantar dentro del territorio de su jurisdicción, bajo su responsabilidad, el proceso de enajenación de los bienes mediante subasta pública o privada, y pretende preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, impedirle ejercer simultáneamente actividades que puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública, así como promover las condiciones para que tanto servidores como particulares puedan concurrir en igualdad de oportunidades, para estos efectos, ante la administración...»

*César Hoyos Salazar, Juan Camilo Osorio,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

AUXILIOS Y DONACIONES

Al instituto de fomento municipal. Se consideran como aportes de la Nación a favor del Instituto de Fomento Municipal y no son violatorios de las normas presupuestales

4 de agosto de 1959

Radicación: 923-CE-SNG-1959-08-04

...«Se consulta: ¿Los auxilios comprendidos en el Capítulo 338 del Presupuesto Nacional, artículos 3402 a 3422, inclusive, pueden considerarse como un aporte de la Nación a favor del Instituto de Fomento Municipal o, por el contrario, tienen el carácter de auxilios a entidades no nacionales, apropiados sin que exista ley anterior que autorice tales erogaciones?

(...)

El Decreto número 0837 de 1952 «por el cual se reorganiza el Instituto de Fomento Municipal», dispone en su artículo 2º: «El Instituto Nacional de Fomento Municipal tiene por objeto dotar a las poblaciones y zonas rurales del país de todas sus obras de progreso en los aspectos sanitarios, culturales, y de los servicios de alumbrado, fuerza eléctrica y asistencia social. De preferencia, el Instituto de Fomento Municipal construirá las siguientes obras: a) Suministro de agua potable; «b) Suministro de energía eléctrica; c) Alcantarillado; d) Escuelas rurales; e) Escuelas urbanas; f) Puestos de salud y hospitales, y g) Obras complementarias, como puentes municipales, mataderos, pequeños canales para irrigación, etc.».

(...)

Al aprobar el Congreso los auxilios comprendidos en el Capítulo 338 del Presupuesto Nacional, artículos 3402 a 3422, para entregar al Fondo de Fomento Municipal, con destino a obras de acueductos, alcantarillados, plantas eléctricas, de los Municipios allí mencionados se deben considerar como aportes de la Nación al Fondo del Instituto Municipal, pero con destinación especial, es decir, que las sumas apropiadas solo pueden invertirse en las obras allí ordenadas. Lo cual está indicando que no existe

violación del artículo 1° del Decreto número 2628 de 1958 sobre liquidación del Presupuesto, ni de las normas constitucionales allí contenidas. Tenemos entonces, que, como de conformidad con las leyes y decretos citados, el Congreso dispuso que los auxilios votados con destino a las obras de esos Municipios, ingresaran al Fondo del Instituto de Fomento Municipal, que es una entidad nacional, resulta claro que no se requiere citación de ley especial que autorice tales gastos, puesto que tienen su respaldo legal en las normas sustantivas citadas.

El hecho de que el Congreso hubiera apropiado en el Capítulo 337, artículos 3393 a 3395 del Presupuesto Nacional, los aportes que allí aparecen como contribución del Estado al Instituto de Fomento Municipal, para dar cumplimiento al artículo 17 del Decreto número 1368 de 1957, y para la terminación de las obras de Buenaventura, por mandato del Decreto número 0268 de 1957, no impide que el Congreso, como lo hizo, apropie también otras partidas para el mismo Instituto, con destinación especial. Al proceder en esta forma, lo que hace el Congreso es contribuir con fondos de la Nación, a la finalidad para que fue creado el Instituto de Fomento Municipal, es decir, como lo dispone el Decreto 0837 de 1952, «*dotar a las poblaciones y zonas rurales del país, de todas sus obras de progreso, en los aspectos, sanitarios, culturales y de los servicios de alumbrado, fuerza eléctrica y asistencia social*». Y careciendo algunos Municipios de recursos suficientes para el adelantamiento de esas obras, nada más justo que el Congreso entregue tales aportes al Instituto de Fomento para que la realización de tan urgentes necesidades pueda cumplirse».

Los auxilios comprendidos en el Capítulo 338, artículos 3402 a 3423, hubiesen violado las normas sobre liquidación presupuestal contenidas en el citado artículo 1° del Decreto 2628 de 1958, si tales partidas apareciesen votadas para su entrega a las entidades a cuyo beneficio se destinan, requiriéndose, en tal caso, la ley correspondiente que autorizara tales gastos, como lo dispone el artículo 210 de nuestra Carta Fundamental. Pero, incorporados sus fondos al Instituto de Fomento Municipal, al de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, y a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C. V. C), entidades nacionales creadas por la Ley, y constituido parte de su patrimonio con las sumas que apropie el Congreso, así sea señalando la manera de invertir las, no existe violación de las disposiciones normativas sobre liquidación presupuestal»...

Alfonso Meluk

AUXILIOS Y DONACIONES

Fondos mutuos de inversión. Prohibición de auxilios y donaciones

21 de marzo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD2000-N796(796)

...«ASPECTO SUBJETIVO

Confrontado el régimen constitucional y legal descrito con los elementos fácticos expuestos en la consulta, debe precisarse en primer término, que desde el punto de vista subjetivo la prohibición constitucional prevista en el artículo 355 de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, tiene por destinatarios a todas las ramas u órganos del poder público, entre ellas la rama ejecutiva, de la cual forman parte los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado conforme los artículos 113 y 115 de la Constitución Política, y por disposición legal las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más del capital social y por ello les sea aplicable el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 3o decreto 3130 de 1968; arts. 2o y 3o decreto 130 de 1976).

Como se indicó anteriormente, la Sala ya ha tenido ocasión de analizar el alcance y destinatarios de la prohibición constitucional, llegando a la conclusión, en adición a la consulta ya citada (Radicación 649), que «la supresión de los auxilios y donaciones estatales contenida en el artículo 355 de la Constitución es aplicable a todas las ramas u órganos del poder público, por lo cual involucra a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquellas» (Consulta de enero 30 de 1995. Radicación 667).

De otra parte debe señalarse que la autorización legal para la formación de Fondos Mutuos de Inversión prevista en el decreto 2968 de 1960, supone el ánimo de lucro de la empresa que concurre a su constitución. De modo

que por la naturaleza y finalidades administrativas que están llamados a cumplir los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales, carecen de esta categoría de interés (ánimo de lucro) o característica ontológica, a tal punto que su origen de derecho público corresponde a la decisión o arbitrio legislativo de creación de la entidad. Sólo en las sociedades de economía mixta sería predicable tal característica, no obstante que la participación del Estado es también materia de autorización legal.

ASPECTO OBJETIVO

En cuanto a la naturaleza de los aportes o contribuciones que la empresa que concurre a la organización de un Fondo Mutuo de Inversiones, se obliga a realizar, estos constituyen la entrega de una suma de dinero, sin contraprestación o beneficio alguno, la cual egresa del patrimonio de la empresa sin expectativa de recuperación o reembolso, ingresando al patrimonio del trabajador sin retribución, compensación o compromiso alguno frente a la empresa.

Tal disposición en beneficio de personas privadas, en tratándose de recursos públicos, constituye el objeto de la prohibición constitucional ya referida, pues como lo ha señalado la Sala, «con la prohibición prescrita en el artículo 355 de la Constitución Nacional, se quiere proteger las rentas e ingresos del Estado y evitar que los dineros del Tesoro Público se desvíen en gastos que no le van a producir ningún beneficio ni retribución al país y que sólo incrementarían la riqueza de los particulares» (Radicación 456 Consulta de agosto 21 de 1992). En el mismo sentido la Corte Constitucional ha sostenido que, «es cierto que en principio, en estricto sentido jurídico, puede haber una diferencia entre las donaciones y los auxilios, por cuanto en las primeras hay una bilateralidad (surgen de un contrato), mientras que en los segundos lo que se presenta es un acto unilateral, sin retribución y compromiso vinculante por parte del que recibe los aportes. Pero para esta Corporación, la interpretación de estos términos dentro del contexto del artículo 355 significa que, en los dos eventos, se está frente, no a un acto de justicia distributiva por parte del Estado -como concreción del interés general en un sector determinado- sino de liberalidad, lo cual es contrario a la función natural del aparato estatal, pues este no puede asumir tales conductas con los dineros y bienes que toda la sociedad en general le encomienda, pues sus actos deben ser, se repite, intérpretes de las finalidades esenciales contenidas en el artículo 2o de la Carta y, en particular, de la

búsqueda de la prosperidad general, a través de la implementación de una verdadera justicia distributiva» (Sentencia C-372 de 25 de agosto de 1994).

En efecto, la prohibición constitucional representa un instrumento de prevalencia del interés general contenido en la destinación adecuada de los recursos públicos a sus finalidades institucionales en beneficio de toda la sociedad, a cambio de su orientación en beneficio privado -individual o colectivo ontológicamente diferenciado del interés general-, por loable o altruista que éste sea.

El aporte empresarial para el fomento del ahorro tampoco corresponde a desarrollo directo de normas o principios constitucionales imperiosos para realizar una finalidad esencial del Estado, pues es claro que no implica una forma de participación de los trabajadores en la gestión de las empresas (artículo 57), ni una modalidad de participación accionaria del trabajador en la misma (artículo 60).»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

AUXILIOS Y DONACIONES

Prohibición

19 de septiembre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N879(879)

...«El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las entidades estatales decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Condonar según el diccionario de la lengua española significa perdonar o remitir una deuda; es decir, resulta equivalente a donar por el acreedor la suma debida en beneficio del deudor.

Ninguna entidad pública conforme a la prohibición de la Carta Política puede condonar deudas a cargo de personas naturales o jurídicas de derecho privado. En consecuencia, no están vigentes las facultades previstas en cabeza de las asambleas por el decreto 1222 de 1986, para “condonar las deudas a favor del tesoro departamental, total o parcialmente”, tampoco lo está la ley 94 de 1988 que autorizaba “por graves motivos de justicia... condonar deudas declaradas a favor del departamento” por cuanto resultan contrarias a la prohibición expresa de la Carta Política.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza (con salvamento de voto), Roberto Suárez Franco*

AUXILIOS Y DONACIONES

Prohibición a entidades estatales

22 de febrero de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1330 (1330)

...« El artículo 355 de la Constitución plasmó la reacción popular que había contra los llamados auxilios parlamentarios, los cuales en muchos casos se habían convertido en fuente de corrupción administrativa. Por ello los prohibió y extendió a todas las entidades estatales la prohibición de conceder auxilios o donaciones a personas de derecho privado. (...)

Como de todas maneras, hay una serie de actividades de interés público o social que el Estado no puede cubrir y que es necesario atender, la misma norma da la solución cuando autoriza la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro e idóneas para impulsar esas actividades. La norma habla de contratos en general, no necesariamente de prestación de servicios, pudiendo ser éste o cualquier otro, pero que en todo caso tenga la característica de la onerosidad, puesto que si no, es gratuito y cae en la prohibición del inciso primero. (...)

CORPOICA es una entidad de participación mixta, regida por las normas del derecho privado, lo cual significa que se encuentra comprendida dentro de la expresión “personas naturales o jurídicas de derecho privado”, empleada por el artículo 355 de la Constitución, conforme a la interpretación hecha por la Corte Constitucional en la referida sentencia No. C-372 del 25 de agosto de 1994, y en consecuencia, no puede ser destinataria de un aporte a su patrimonio hecho de manera gratuita por el Gobierno nacional, de bienes inmuebles de una entidad estatal, pues ello constituiría un auxilio o donación prohibido expresamente por la norma...».

*César Hoyos Salazar, Juan Camilo Osorio,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

AUXILIOS Y DONACIONES

Interpretación en el caso de convenios de asociación

23 de febrero de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2005-01710-00(1710)

...«Teniendo en cuenta que no se trata del “otorgar” recursos de la entidad pública a la entidad privada para la ejecución de obras por parte de éste última, sino del aporte conjunto de los mismos para un proyecto común, es claro que la ejecución contractual correspondiente a la parte que ha de ejecutarse con recursos de aquella – en el caso en estudio el INVÍAS -, ha de cumplirse con plena observancia de las disposiciones legales que la regulan, ya sea el Estatuto General de Contratación - ley 80 de 1993 -, o las disposiciones especiales, en caso de existir y resultarles aplicables; pues el régimen jurídico de excepción consagrado para los convenios de colaboración, con entidades privadas sin ánimo de lucro, no se extiende a los contratos que para su ejecución, cada una de las partes suscriba con otras personas jurídicas diferentes.

Del mismo modo, los contratos que en desarrollo del convenio de colaboración, suscriba la Federación, si se ejecutan con recursos de su patrimonio, se sujetan a las normas del derecho privado y a la reglamentación que en desarrollo del literal o) del artículo 23 de sus Estatutos, expida el Comité Nacional de Cafeteros (Resolución No 02 de 2003). Cuando la Federación actúa como administradora del Fondo Nacional del Café - conforme lo prevé la cláusula 16 del ya referido Contrato de Administración suscrito con el Gobierno Nacional -, igualmente se sujeta a las normas del derecho privado y a la reglamentación del Comité (Resolución 8 de 2000). Es de anotar que en dicha cláusula contractual también se establece que la escogencia de las propuestas se efectuará con base en el principio de transparencia, para lo cual se hará una selección objetiva del contratista, aplicando para el efecto criterios de calidad, costo – beneficio, experiencia,

oportunidad y otros pertinentes según el caso, que permitan la escogencia de la opción más eficiente en las condiciones de mercado.

A *contrario sensu* es necesario concluir que si entre el INVIAS y la Federación de Cafeteros se suscribe un contrato en virtud del cual el INVIAS transfiere a la Federación recursos, para que ésta ejecute obras de infraestructura por cuenta de aquella, según sus instrucciones, su celebración no es procedente, a la luz del inciso 2° del artículo 355 de la Carta y del decreto 777 de 1992 (Art. 2°.5) y, en consecuencia estaría regulado por el Estatuto General de Contratación - ley 80 de 1993 -, u otra normatividad particular en consideración a la clase de contrato, al objeto o a la entidad que lo celebra.

No obstante que la consulta inquiriere sobre la posibilidad de celebración de convenios para la construcción de obras de infraestructura al amparo del artículo 355 de la Carta, debe señalarse adicionalmente que el artículo 96 de la ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del decreto 777 de 1.992 y normas exceptivas concordantes, de manera que aunque en la suscripción del convenio de asociación debe establecerse su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos pertinentes, la posibilidad de aportes en común no puede interpretarse como transferencia de recursos, en la forma particular que se entiende para esta singular figura, es decir, como el otorgamiento de auxilios o donaciones, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C- 671 de 1.999 por medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 96 antes mencionado.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce*

AUXILIOS Y DONACIONES

Prohibición constitucional. Fomento de actividades de interés público

25 de septiembre de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00049-00(1911)

...«De acuerdo con lo anterior, las entidades territoriales pueden celebrar los contratos establecidos en el artículo 355 superior con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el único propósito de impulsar programas y actividades de interés público. La mencionada idoneidad debe entenderse como la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del contrato. Así mismo, se excluyen de manera expresa las actividades enunciadas en el artículo 2°. Es importante reiterar que la expedición del artículo 355 de la Carta obedeció a la imperiosa necesidad de eliminar la deformación de la actividad de fomento que había terminado en el despilfarro del erario público. Sin embargo, el Constituyente no olvidó que había entidades sin ánimo de lucro que se debían seguir apoyando, para lo cual decidió utilizar el mecanismo de la contratación con el único fin de controlar el uso de los recursos y el cumplimiento de la actividad de apoyo, regulación que no fue pensada como un régimen diferente, especial o alternativo de contratación, frente al cual se puede optar para no aplicar el Estatuto General de la Contratación Administrativa.

En efecto, dichos contratos según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso. Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus

misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar.

En consecuencia, cuando lo que el Estado busca es la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2º del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la ley 80 de 1993 y sus reformas; pero si lo que quiere es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se está en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta y se puede contratar bajo unas especiales condiciones, según se pasa a explicar en el punto siguiente.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

AUXILIOS Y DONACIONES

Prohibición constitucional. Imposibilidad de entregar bienes inmuebles a particulares a través de convenios de asociación

3 de septiembre de 2009

Radicación: 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957)

...«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 sólo 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 éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas.

(...)

Los bienes inmuebles, por su parte, forman parte del patrimonio público pero como activos que se reflejan en la contabilidad pública, de acuerdo con el régimen correspondiente. Tanto los recursos monetarios como los bienes fiscales integran el patrimonio público, pero su naturaleza determina un régimen jurídico y económico diferente, de manera que la expresión “*recursos de los respectivos presupuestos*” excluye los bienes inmuebles.

(...)

La restricción constitucional a “*recursos de los presupuestos*” comporta un efecto adicional, que responde a una de las preguntas que se han formulado a la Sala y que hace referencia a la posibilidad de reglamentación

de la norma superior, pues si bien ésta habilita directamente al Gobierno Nacional para el efecto, la competencia de éste queda claramente enmarcada en las expresiones incorporadas en el precepto habilitante y entonces en ejercicio de su competencia el gobierno nacional sólo puede referirse a los recursos presupuestales y no a otros recursos como los bienes inmuebles.
»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

AUXILIOS Y DONACIONES

Aportes a asociaciones públicas y mixtas en derechos de propiedad industrial

16 de febrero de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00110-00(2259)

...«Una vez que la entidad estatal titular de los bienes o derechos de propiedad industrial los haya aportado al patrimonio de la persona jurídica sin ánimo de lucro a título de transferencia o enajenación, perderá su dominio sobre ellos, sin que exista ninguna posibilidad legal de que no hagan parte de la prenda general de los acreedores de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa.

Cuando los bienes o derechos de propiedad industrial ingresen al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, será esta persona jurídica sin ánimo de lucro la titular de las patentes y de los registros y podrá celebrar los contratos de licencia que resulten necesarios para su explotación con otros sujetos de derecho, de conformidad con las normas legales y con los textos contractuales correspondientes (artículo 6 de los Estatutos Sociales).

La Nación–Ministerio de Defensa, por mandato legal, tiene el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita respecto de los derechos o bienes de propiedad industrial que haya transferido al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa (artículo 10 de la Ley 1753 de 2015).

La Nación–Ministerio de Defensa, previo cumplimiento de los trámites legales, reglamentarios y estatutarios que se deban surtir al interior de la entidad pública y de la corporación, podrá aportar inmuebles de su propiedad al patrimonio de la Corporación de Alta Tecnología para la Defensa, siempre y cuando no se encuentren comprendidos en la categoría de inmuebles que

deben ser enajenados a Central de Inversiones–CISA (artículo 163 de la Ley 1753 de 2015; artículo 2.5.2.1. del Decreto 1068 de 2015).

(...)

En otras palabras, los aportes que dentro del marco descrito en este concepto, en relación con las actividades reguladas por el Decreto Ley 393 de 1991, entreguen las entidades públicas a las asociaciones de naturaleza pública o mixta no infringen el artículo 355 de la Constitución Política.»...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas

EXPROPIACIÓN

Expropiación sin indemnización por motivos de equidad y la legalización de tierras en zonas de invasión

27 de julio de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1994-N618 (618)

...«Los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, creados por la Ley 3a. de 1991, no están facultados por la ley para efectuar expropiaciones sin indemnización. Las únicas entidades legalmente autorizadas para ordenar expropiaciones de tal naturaleza, son los municipios, los distritos, las áreas metropolitanas y el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro de su respectiva competencia territorial. El trámite que debe seguirse para la expropiación sin indemnización consiste en que el congreso dispone cuáles son los motivos de equidad en casos concretos. Sobre este fundamento legal, en las entidades territoriales el Concejo o en su caso la Asamblea Departamental decretan la expropiación y el Alcalde o en su caso el Gobernador, la ejecutan. Hoy en día los municipios no pueden ceder a título gratuito inmuebles de su propiedad a personas naturales, para efectos de legalizar la situación de las tierras en zonas de invasión, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 58 de la Ley 9a. de 1989, por cuanto dicha disposición fue subrogada por el artículo 355 de la Constitución expedida el 7 de julio de 1991. No obstante, la situación en que se encuentran los actuales poseedores de tierras de propiedad de los municipios, les debe ser respetada por las autoridades y podrán adquirirlas conforme al procedimiento judicial prescrito para el efecto.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo*

EXPROPIACIÓN

Clases

2 de septiembre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N876(876

...«2.1 Expropiación ordinaria. En la expropiación ordinaria que reglamenta el Código de Procedimiento Civil, (arts. 451 a 459), el juez mediante sentencia, la decreta y fija el valor de la cosa expropiada previo avalúo; separadamente determina la indemnización en favor de los interesados si a ello hubiere lugar. Ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación, registrada con el acto de entrega, se preconstituye el título traslativo de dominio en beneficio de la entidad demandante.

En este tipo de expropiación ordinaria, la orden de transferir a la entidad estatal el dominio y la posesión material del bien, se hace efectiva a través de un proceso judicial; en éste se garantiza a los titulares la indemnización de los perjuicios económicos que lleguen a sufrir por la expropiación. En la expropiación administrativa la entidad que la propició decreta la pérdida del dominio a su favor, señala el valor de la cosa objeto de la expropiación y precisa el monto de la indemnización y su forma de pago.

Al procedimiento judicial debe someterse la autoridad administrativa siempre que de expropiación ordinaria se trate, salvo que por norma expresa se acoja trámite distinto como en el caso de lo reglamentado por la Ley 9ª de 1989 de reforma urbana.

(...)

2.2 Expropiación por vía administrativa. En la expropiación por vía administrativa, es el Estado a través de la entidad competente al que le corresponde declararla y precisar el monto de la indemnización. El título traslativo de dominio lo constituye el acto administrativo que decreta la expropiación. La intervención del juez es eventual para los casos de demanda contenciosa, sobre la legalidad de los actos y restablecimientos

del derecho e incluso respecto del precio, como lo prevé el artículo 58 de la Carta. En el artículo 34 de la Ley 105 de 1993 se trata sobre las “Adquisiciones de predios” mediante negociación directa, se considera en él una delegación de tal función así como otros ordenamientos que deben tenerse en cuenta para los efectos previstos en la norma.

En el artículo 35 de la misma ley, se refiere concretamente a la “Expropiación administrativa” por él faculta al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, a los departamentos a través de los gobernadores y a los municipios a través de los alcaldes, para decretar la expropiación administrativa con indemnización de predios destinados a obras de infraestructura de transporte, ciñéndose para tal efecto “a los requisitos señalados en las normas que regulan la materia”.

Como se afirmó las normas que contienen el trámite de expropiación ordinario están contenidas en los artículos 451 a 459 del C. de P. C. En casos especiales la ley reglamenta el procedimiento de expropiación respectivo como sucede con los predios rurales de propiedad privada cuya expropiación adelanta el Incora, de conformidad con la Ley 30 de 1989; o el caso previsto en la Ley 104 de 1993, según el cual se reglamenta la expropiación con indemnización, de predios, mejoras o derechos de particulares situados en zonas aledañas o adyacentes a la exploración o explotación petrolera o minera, en el que la expropiación se adelanta ante el juez civil del circuito competente, previas etapas de negociación directa y expropiación por parte de la administración.

(...)

La indemnización es pues una consecuencia de la facultad expropiatoria del Estado. Ella se explica por el deber de reparación que surge a raíz del ejercicio de dicha facultad: la producción de un daño generado por una actividad legítima de la acción administrativa. La actividad es legítima porque la expropiación sólo opera por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, prevaleciendo así el interés general para cumplir los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2º superior: promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Pero ese daño legítimo debe en principio ser indemnizado y puede generar formas de responsabilidad objetiva, porque la persona expropiada no tiene por qué soportar una carga específica que debe asumir toda la sociedad,

en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, cuyo fundamento es el derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta. Esto explica entonces que el ordenamiento superior haya consagrado el derecho a la indemnización reparatoria en cabeza del afectado.

(...)

Por todo lo anterior, es evidente que la indemnización prevista por el artículo 58 de la Constitución es reparatoria y debe ser plena, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado. Y en caso de que no haya forma de comprobar el lucro cesante, se puede indemnizar con base en el interés causado entre la fecha de entrega del mismo y la entrega de la indemnización”.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza
(con salvamento de voto), Roberto Suárez Franco*

INMUEBLES

Avalúos para efectos administrativos

22 de abril de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N806(806)

...«2. El avalúo de bienes inmuebles en negociaciones (compra o venta) o los que se requieran para actuaciones administrativas donde intervengan entidades estatales, presenta la posibilidad para la entidad pública de recurrir al Instituto Geográfico Agustín Codazzi o a una persona natural o jurídica, registrada, autorizada y escogida por la Lonja de Propiedad Raíz del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble.

Si la entidad pública escoge la opción privada puede aplicarla, también, en la compra de inmuebles de particulares.

3. Los avalúos que deban realizar las entidades públicas para actuaciones administrativas, pueden adelantarse tanto por el Instituto Agustín Codazzi como por persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrada y autorizada y además sea escogida por la lonja de propiedad raíz del lugar donde esté ubicado el inmueble, siendo cualquiera de ellos válido y suficiente para la entidad estatal.

En todo caso, las entidades públicas de carácter nacional o departamental podrán acudir al avalúo privado después de transcurridos 15 días y ante la imposibilidad manifestada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para realizarlo. Para las entidades a las que se les aplica el régimen previsto en la Ley 136 de 1994, el término es de 30 días calendario.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Enajenación en el nivel territorial

16 de agosto de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1358 (13586)

...« Lo anterior permite concluir que el esquema abstracto previsto por la Constitución y la ley, cuando el Estado pretenda enajenar acciones de su propiedad en una empresa, está concebido como un procedimiento que se concreta en cada caso de venta en particular, mediante la expedición de los respectivos actos administrativos de autorización y de adopción del programa de enajenación conforme al procedimiento descrito, el cual debe sustentarse en estudios técnicos y contener las etapas de ofrecimiento preferencial y general, un plazo de oferta y un precio mínimo de las acciones, entre otras materias, sin perjuicio de que la autorización contenida en el Acuerdo 7 de 1998 del Concejo Distrital, tenga duración indefinida como se analizará más adelante.

(...)

Este precepto, además de hacer aplicable a las entidades territoriales el régimen legal, tiene dos contenidos que deben destacarse: el primero, la posibilidad de adaptar las disposiciones de la ley a la organización y condiciones de cada una de las entidades territoriales, lo cual ha de entenderse sin menoscabo de la sujeción de sus actuaciones administrativas a la misma ley, no obstante su autonomía para la gestión de sus propios intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley (art. 287 de la C.P), de tal manera que de allí no se deriva una autorización para apartarse de la ley, ni una delegación de la facultad de regulación de la materia, pues es claro que el establecimiento de las reglas tanto para la democratización de la propiedad, como para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, son de competencia exclusiva del legislador (art. 60 de la C. P).

El segundo mandato consiste en radicar en los concejos municipales o distritales o las asambleas departamentales, según el caso, la competencia para la autorización de las enajenaciones correspondientes en el orden territorial, de tal manera que los actos administrativos respectivos, a diferencia del orden nacional en el que esta competencia es del Gobierno, son expedidos por la corporación pública de representación popular, y no por los alcaldes o gobernadores, a quienes les corresponde la adopción del programa de enajenación propiamente dicho.

Lo anterior significa que en el Distrito Capital corresponde al Concejo la decisión de autorización, en cada caso, de la enajenación de la propiedad accionaria, mediante la expedición del acuerdo respectivo, a iniciativa del Alcalde Mayor, por tratarse de la enajenación de bienes, conforme lo dispone el decreto 1421 de 1993 en su artículo 13 inc. 2°.

De otra parte, debe señalarse que la ley 142 de 1994 (artículo 27.2) dispuso que las entidades públicas que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, podrán enajenar sus aportes, para lo cual tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad accionaria atendiendo el artículo 60 constitucional, régimen que posteriormente se estableció con la ley 226 de 1995 analizada, que obliga a tomar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio cuando se trate de entidades que presten servicios de interés público...»

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

*Democratización. No se aplica a venta de participación
en consorcios y uniones temporales*

9 de octubre de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1513 (1513)

...« Con base en lo expuesto, se concluye que la venta de la participación de una entidad estatal en un consorcio o una unión temporal debe seguir las normas generales de contratación y no las de la enajenación de la propiedad accionaria estatal, que debe ser ofrecida, en primer término, en condiciones especialmente favorables, a determinados destinatarios.

Resulta oportuno anotar que en la venta de la participación de un integrante estatal de un consorcio o una unión temporal, se presenta una cesión de contrato a un tercero o mejor, dos: la cesión del acuerdo consorcial o de la unión y la del contrato estatal celebrado.

La venta de la participación en el acuerdo integrador, significa una cesión de éste, verdadero contrato estatal en la medida en que hacen parte de él entidades estatales, a un tercero, la cual, de conformidad con una interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones contenidas en el inciso tercero del artículo 9° de la ley 80 y el inciso tercero del artículo 41 de la misma, requiere de la previa autorización de la entidad estatal con la cual el consorcio o la unión temporal haya celebrado el contrato, además de que necesitará de la aceptación expresa de los otros integrantes de la agrupación, dado que ésta es intuitu personae, por el carácter que en tal sentido le imprime el citado inciso del artículo 41, a todos los contratos estatales.

En relación con la cesión de la participación en el contrato estatal celebrado por el consorcio o la unión temporal, es claro que requiere, por

el referido carácter de intuitu personae de dichos contratos, la autorización previa y escrita de la entidad estatal contratante.

En síntesis, en el evento de la venta de la participación de una entidad estatal en un consorcio o una unión temporal, no se configura la hipótesis fáctica contemplada en el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución, por la inexistencia de capital social en ellos, y en consecuencia, no surge el derecho de preferencia establecido por dichas normas en favor de determinadas personas...»

*Gustavo E. Aponte Santos, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Defensor del Pueblo. Procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal

28 de julio de 2005

Radicación: CE-SC-RAD2005-N1663 (1663)

...«[A]tendiendo la finalidad de la institución y las atribuciones constitucionales y legales que se le han confiado, resulta claro que el Defensor del Pueblo como representante de los intereses de la sociedad civil está legitimado para conceptuar, recomendar y hacer observaciones en cualquier situación que amenace o vulnere los derechos de los ciudadanos.

De ahí que, en concepto de la Sala, no resulta extraño que el Defensor del Pueblo, en virtud a lo dispuesto en la ley 226 de 1995, como se analizará más adelante, se encuentre legitimado, dentro de lo que la doctrina ha denominado como “el poder de crítica y recomendación” para hacer observaciones al diseño de los programas de enajenación de la propiedad accionaria del Estado.

(...)

El procedimiento descrito en la ley 226 de 1995, se divide en dos fases claramente diferenciadas, una previa de diseño, adopción y aprobación del programa de enajenación y otra de ejecución del mismo, que se realiza, a su vez, en dos etapas, la primera destinada a los sectores señalados en el artículo 60 de la Carta, en concordancia con el artículo 3° de Ley 226 de 1995 y una segunda destinada al público en general.

(...)

En estos términos, considera la Sala que la Defensoría del Pueblo debe velar porque los diseños de los programas de enajenación que se le presenten a su consideración se ajusten al contenido previsto en la ley, es decir, que se garantice la transparencia del proceso, entre muchas otras,

con medidas que conduzcan a que se ofrezca la participación que tiene el Estado, en condiciones especiales a los sectores comprendidos el artículo 60 de la Carta, que éstas sean más favorables a las que se establezcan para el público en general, que se prevean mecanismos para asegurar la continuidad del servicio en los eventos en que se pueda ver afectada su prestación, así como también, que se contemplen disposiciones que garanticen la debida publicidad del proceso y de las condiciones en que se ofrecen las acciones.

(...)

Como quiera que la intervención de la Defensoría del Pueblo en materia de los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, por disposición expresa del legislador –parágrafo del artículo 7° de la ley 226 de 1995- se sitúa en la fase preparatoria del programa, considera esta Sala, que es en esta etapa, en la que éste funcionario de acuerdo con el marco de sus competencias generales atribuidas en el artículo 282 de la Constitución y la ley 24 de 1992 debe enmarcar su actuación.

Así las cosas, de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta institución y el carácter preventivo de las facultades atribuidas al Defensor del Pueblo, las medidas que éste tome en relación con los procesos de enajenación, consistirán en la formulación de recomendaciones y observaciones sobre aspectos del programa diseñado, en los cuales considere que se afectan los derechos constitucionales de los trabajadores, del sector solidario y la transparencia del mismo.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio Rodríguez Arce*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Democratización. Imposibilidad de condicionar la enajenación a la venta total de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales

3 de mayo de 2007

Radicación: 11001-03-06-000-2007-00028-00(1820)

...«Se interroga a la Sala sobre la viabilidad jurídica de que en los programas de enajenación se incluya la posibilidad de condicionar la venta de las acciones ofrecidas al sector solidario, a su adquisición total; razón por la cual debe determinarse si tal condicionamiento se aviene con los principios de democratización o de protección del patrimonio público o puede acarrear su desconocimiento.

La hipótesis expuesta en la consulta parte del supuesto de que la participación mayoritaria del Estado en una empresa, en la medida que le permite tener el control de la misma, debe “transferirse” al momento de la enajenación, con el fin de obtener una mejor contraprestación económica y evitar el menoscabo, que a través de una venta parcial, podría ocasionarse al patrimonio público.

Si bien la situación descrita aparece conciliable con el principio de protección del patrimonio estatal, en criterio de la Sala, admitir la procedencia de la venta solamente a los casos de enajenación total de las acciones ofrecidas en venta al sector de trabajadores y de la economía solidaria, significa aceptar que por la vía del programa de enajenación se establezca una restricción de acceso a la propiedad estatal, pues es evidente que un ofrecimiento parcial y condicionado sería contrario a los fines que se buscan con este tipo de enajenaciones y por lo tanto se vería limitado el objetivo contemplado por la Constitución y la ley sobre democratización de la propiedad de las acciones del Estado. En otros términos, el condicionamiento de la enajenación a la venta total de lo ofrecido, se opone al principio de democratización, dado que el objetivo constitucional trazado en el artículo 60

persigue precisamente el acceso de un sector de la economía que en criterio del constituyente amerita protección, al punto de concebir directamente un instrumento que facilite su acceso, mediante el otorgamiento de condiciones especiales, como lo ha señalado el juez constitucional»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Democratización. No aplica en enajenaciones entre entidades del Estado

23 de septiembre de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00068-00(1921)

...« Se deduce de lo anterior [artículo 20 de la ley 226 de 1995] que la expresión “órganos” referida a la Rama Ejecutiva, conforme al artículo 113 superior, es el género y engloba a los organismos y entidades (las especies) de esa Rama, de manera que cuando el artículo 20 de la ley 226 de 1995 regula la negociación de acciones “entre órganos estatales” está comprendiendo claramente a la que se realiza entre organismos y entidades estatales.

Resulta oportuno acotar que en el trámite del proyecto que se convertiría en la ley 226 de 1995, se introdujo el artículo que sería el 20 con dicha expresión y así fue aprobado sin que hubiera habido explicación o debate respecto de esta norma. No obstante, se advierte claramente la intención del Legislador al incluir esta norma, ya que cuando se negocian acciones entre entidades estatales no se presenta un proceso de privatización y consiguiente democratización de la propiedad accionaria, que es la materia de regulación de la ley 226, sino que se trata de una venta de títulos valores entre tales entidades y por tanto las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades salen de su control, siendo pertinente en este evento la aplicación de la normatividad de contratación de la administración pública.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Enajenación de participación de sociedades de economía mixta en otras sociedades. Uso que debe dársele a los recursos provenientes de dicha enajenación.

4 de septiembre de 2014

Radicación: 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206)

...«La Ley 549 de 1999 impuso exclusivamente a la Nación y a las entidades territoriales el deber de contribuir al financiamiento del pasivo pensional de estas últimas mediante la destinación del 10% del producto neto de las privatizaciones, y por tanto mal podría asumirse que dicha obligación se extienda a entidades u organismos públicos distintos, como las sociedades de economía mixta. Nótese, igualmente, que la obligación contenida en el artículo 23 de la Ley 226 recae expresamente en el Gobierno, y que mal podría este disponer de recursos que no son propios ni están incorporados en el presupuesto general de la Nación, como son los provenientes de la enajenación que hagan las sociedades de economía mixta de su participación en el capital de otras empresas. Para ello se requeriría que tales sumas de dinero entraran primero, como un ingreso, al presupuesto nacional, lo cual implicaría, a su vez, que las referidas entidades descentralizadas tuvieran que transferir esos recursos a la Nación, sacándolos por lo tanto de su patrimonio, obligación que no está prevista en las Leyes 226 de 1995 y 549 de 1999.

Adicionalmente debe recordarse que las sociedades de economía mixta son creadas para realizar actividades industriales o comerciales, generalmente en competencia con el sector privado, lo cual permite deducir: (i) que el financiamiento del pasivo pensional de las entidades territoriales es completamente ajeno al objeto social de tales compañías, las cuales no pueden destinar parte de su patrimonio a dicho fin, a menos, claro está, que se constituya una sociedad de economía mixta con ese objeto específico, y (ii) que si se impusiera a tales entidades descentralizadas la

obligación a la cual se refiere este concepto, serían víctimas de una carga discriminatoria en su contra que afectaría su capacidad de competir en el mercado, ya que es evidente que para las sociedades comerciales de capital enteramente privado no surge una obligación semejante cuando enajenen su participación en cualquier empresa.

Las razones expuestas permiten concluir con certeza que las sociedades de economía mixta no están obligadas a efectuar el aporte o inversión previsto en los artículos 23 de la Ley 226 y 2° numeral 4 de la Ley 549 cuando enajenen a particulares su participación en el capital de cualquier empresa. Esta conclusión exige a la Sala de analizar si tal obligación, en el evento de que fuera exigible a dichas sociedades, constituiría una expropiación o un tributo, como se sugiere en la consulta. *Ahora bien, el hecho de que las sociedades de economía mixta no tengan esta obligación, no significa que puedan utilizar los recursos provenientes de las privatizaciones de cualquier forma, o destinarlos a cualquier fin, pues en su condición de entidades públicas, que forman parte del Estado colombiano, están obligadas a velar por la conservación y el uso adecuado y eficiente de tales activos, y deben en particular dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 226 de 1995, que las obliga a invertir dichos recursos en consonancia con lo dispuesto en los planes de desarrollo.*

(...)

Surge una inquietud que es necesario despejar para responder la consulta: si las ventas y otras formas de enajenación de su participación en el capital de cualquier empresa, que las sociedades de economía mixta realicen en favor de particulares, constituyen una “privatización” que se encuentre sujeta, por lo tanto, a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995. Las sociedades de economía mixta forman parte del Estado. Habiéndose establecido que las sociedades de economía mixta son entidades públicas descentralizadas y que por tanto forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, es claro que a esas sociedades, como parte que son del Estado, se les aplican los mandatos contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, cuando pretendan enajenar la participación que tengan en el capital de cualquier empresa. En efecto, cuando el artículo 60 de la Carta ordena al Estado promover el acceso de las personas a la propiedad, así como tomar las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, es evidente que se refiere no solamente a la Nación sino a todas las entidades y organismos que conforman el Estado en todos sus niveles territoriales. Así lo ha entendido el propio legislador, como puede apreciarse en el artículo 1° de la Ley 226 (“campo de aplicación”), cuyo

inciso segundo estatuye: “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 (sic) éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público”. (Se subraya). Esta conclusión se confirma plenamente al analizar otras disposiciones de la misma ley y de otras normatividades que regulan parcial o sectorialmente el fenómeno de las privatizaciones, o que simplemente se refieren a este para determinados efectos, como las Leyes 142 y 143 de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, la Ley 549 de 1999 y la Ley 1450 de 2011 entre otras...».

*Augusto Hernández Becerra, Germán Alberto Bula Escobar,
Álvaro Namén Vargas, William Zambrano Cetina*

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Democratización. Venta de acciones de propiedad del Estado

5 de julio de 2016

Radicación 11001-03-06-000-2016-00056-00 (2289)

...« A través de la democratización de la propiedad estatal se pretende mejorar la interacción entre el trabajo y el capital, al tiempo que promover el fortalecimiento y desarrollo de las empresas del sector privado, dentro de los marcos de la democracia industrial y de la democracia económica. La primera hace referencia a la coparticipación de los trabajadores, junto con otros sectores de la sociedad, en el manejo y gestión de las empresas y busca reconocer a estos como partícipes fundamentales en el proceso de producción. Esta forma de reconocimiento encuentra sustento en los artículos 57 y 369 de la Constitución Política.

(...)

El artículo 60 de la Constitución Política fue desarrollado a través de la Ley 226 de 1995, ley que regula los procesos de democratización que tengan como objeto la transferencia a particulares de la participación estatal en una empresa. Por lo tanto, la Ley 226 de 1995 no cubre todos los procesos de enajenación que realice el Estado, sino aquellos que correspondan a privatizaciones.

(...)

La finalidad del artículo 60 de la Constitución Política es conseguir que en la venta de acciones de propiedad del Estado, se le de participación preferente a sectores sociales que dada su condición económica no podrían tener acceso a estos bienes. Es importante tener en cuenta la advertencia que hace la Corte Constitucional en el sentido de que el término acciones,

al que alude esta norma, debe tomarse en un sentido amplio, es decir, cubre todas las formas de participación estatal en el capital social de una empresa.

(...)

En esta ley se formulan los criterios básicos relacionados con los procedimientos de enajenación y medidas para garantizar la democratización de la propiedad estatal en el capital de una empresa. Por lo tanto, cuando se trate de enajenar la participación accionaria del Estado en una SAS, esta debe regirse por los mandatos de la Ley 226 de 1995 dado el espíritu de la norma que busca, en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, democratizar el acceso a la propiedad. Sin embargo, la aplicación de la Ley 226 debe hacerse de forma armónica con las demás normas del ordenamiento jurídico colombiano que resulten aplicables. En este sentido, el artículo 162 de la Ley 1753 de 2015, el cual modifica el artículo 258 de la Ley 1450 de 2011.

(...)

Así las cosas, la enajenación de la propiedad accionaria del Estado en una SAS debe realizarse teniendo en cuenta la normatividad contenida en la Ley 226 de 1995, pero de una manera articulada con la ley especial que rige a este tipo de sociedades, es decir, la Ley 1258 de 2008. »...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

Venta en empresas domiciliadas en otro país

15 de diciembre de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00208-00 (2314)

...«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 concurren 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). »

*Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas,
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas*

II. CONTROL FISCAL

CORTE DE CUENTAS

Solicitud de certificaciones a petición de los empleados nacionales

14 de diciembre de 1915

Radicación: 01-CE-SNG-1915-12-14

...«1° La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado conceptúa, en relación con la consulta dirigida por el Ministerio del Tesoro por medio de la nota número 2562 del 21 de octubre del presente año, que la Corte de Cuentas no puede abstenerse de expedir ninguna certificación que haya sido solicitada por empleado nacional en ejercicio de atribuciones legales, aunque sea llegado el caso de que aquella entidad presuma que la solicitud tiende a surtir los efectos propios del artículo 287 del Código Fiscal; y

2° En el caso de que en el oficio que se dirija a la Corte de Cuentas en solicitud de un certificado se declare expresamente que es para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 287 del Código Fiscal, la Corte deberá exigir que se extienda en papel sellado, conforme al precepto de dicho artículo y del inciso 2° del artículo 3° del Decreto número 894 de 1915.»...

Jorge Holguín, Bonifacio Vélez, Lacides Segovia.

CONTROL FISCAL

Fin del Estado

14 de abril de 2011

Radicación: 11001-03-06-000-2011-00018-00 (2055)

...«La Constitución Política establece una serie de controles recíprocos de tipo jurídico, financiero y político orientados a evitar los excesos en el ejercicio de las funciones públicas y asegurar que los servidores del Estado cumplan adecuadamente las tareas que les han sido asignadas; en el caso de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales su función radica en ejercer el control financiero, de gestión y de resultados de las actividades públicas, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, el cual debe llevarse a cabo en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley (Art.267 C.P.).

Desde un punto de vista teleológico, la Constitución vincula directamente el control fiscal a los fines del Estado, en la medida que se orientan a garantizar la concreción efectiva de las tareas públicas mediante la asignación adecuada de los recursos públicos y la protección del patrimonio de la Nación. Su fin esencial no es otro que verificar el correcto manejo del patrimonio estatal y su destinación efectiva a aquéllas actividades para los cuales está previsto.

En este contexto se ha indicado que “el sentido último del control fiscal proviene de la necesidad de proteger los bienes que están afectos al interés general” y que por ello es “indispensable que exista una instancia, legítimamente constituida, que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos”.

Esta competencia asignada a las contralorías comporta la fiscalización de la administración y del manejo de los bienes y fondos públicos, en sus distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, con el fin de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas para el efecto.

Corresponde así a los entes de control fiscal verificar que la asignación de recursos públicos ha sido la más conveniente para maximizar su aprovechamiento; que los bienes y servicios adquiridos responden a calidades y precios convenientes para el Estado; que se han obtenido resultados oportunos y acordes con los objetivos y metas de la entidad; y que se ha hecho una correcta evaluación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y se ha asegurado su protección y conservación (artículo 8 de la Ley 42 de 1993).

Para lograr esos fines y asegurar su eficacia y objetividad del control fiscal, la Constitución determinó que éste se haría por organismos de carácter técnico con atributos de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica (art.267 C.P). Para ello, el Constituyente se preocupó particularmente porque el órgano de control no fuera juez y parte de las materias objeto de fiscalización y porque no tuviera funciones de coadministración con las entidades objeto de vigilancia, pues se había evidenciado que “frente al sistema anterior eran frecuentes las críticas al carácter *previo* y *perceptivo* del control fiscal, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción”.

En ese sentido, la autonomía que la Constitución Política reconoce a los organismos de control tiene por objeto asegurar que su gestión se adelante en forma libre e independiente, sin interferencias ni intereses particulares ajenos al interés general y a las buenas prácticas de administración pública; de esta manera, sin perjuicio del deber de colaboración armónica entre las ramas y organismos del poder público, el control fiscal debe ejercerse en el contexto del principio de separación de funciones y, por ende, de plena diferenciación entre la función fiscalizadora y la actividad administrativa de las entidades objeto de control. Sólo de esa forma se abren posibilidades reales de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye el objetivo último

impuesto a las entidades encargadas de la auditoría financiera de los diferentes órganos del Estado.

Se tiene entonces que la exigencia constitucional de una vigilancia fiscal basada en la eficiencia, la *economía*, la equidad y la evaluación de los costos ambientales (art.267), presupone su adecuación a principios de transparencia y neutralidad. Sin éstos no es posible tener un control fiscal *técnica y económicamente* eficaz que permita recuperar las desviaciones de recursos públicos y, por sobre todo, prevenir su indebida utilización por la conciencia de los servidores públicos de estar expuestos *realmente* al enjuiciamiento de una autoridad externa y objetiva que hará efectiva una reparación patrimonial al Estado si se ha obrado indebidamente.

En síntesis, la transparencia, objetividad y autonomía del control fiscal debe servir para garantizar su *independencia técnica* y su *eficiencia económica*, de forma que la fiscalización sobre el uso de los recursos públicos pueda hacerse sin reservas y ajena a todo interés particular. Desde esta perspectiva, los funcionarios que ejercen el control fiscal deben estar libres de toda dependencia o conflicto de interés en la gestión auditada, pues de su imparcialidad depende la credibilidad y confianza de la colectividad en sus dictámenes fiscales. Por ello, las exigencias de transparencia y probidad constituyen fines constitucionalmente imperiosos en cuanto repercuten directamente en la eficacia de la función de control fiscal y, de suyo, en la legitimidad de las entidades encargadas del mismo.»...

*Augusto Hernández Becerra, Luis Fernando Álvarez Jaramillo,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

RESPONSABILIDAD FISCAL

Concepto

3 de octubre de 1995

Radicación:CE-SC-RAD1995-N732 (732)

...«La responsabilidad es una noción que en el mundo contemporáneo forma parte esencial del Estado de Derecho, como instrumento coercible destinado a mantener el imperio de la ética administrativa y a garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones de los asociados y de las entidades públicas. En Colombia, donde se predica tanto de los particulares como de los servidores públicos, emana directamente de la ley suprema: los primeros responden ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los segundos, por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

(...)

La responsabilidad fiscal se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido éste como una gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes. Dicho control es ejercido por las contralorías (la General de la República, las departamentales, las distritales y las municipales), que para tal efecto son organizadas como entidades de carácter técnico, dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual. Los procedimientos, sistemas y principios de conformidad con los cuales deben ejercer el mencionado control, son establecidos por la ley, que hoy en día es la ley 42 de 1993, normatividad en donde se desarrollan los nuevos criterios constitucionales acerca de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado.»

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

RESPONSABILIDAD FISCAL

Acción de repetición. Servidores públicos

4 de agosto de 2003

Radicación: CE-SC-RAD2003-N1497 (1497)

...« Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal - eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal -, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles - mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610 - o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del C.C. - por responsabilidad patrimonial - en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor. Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil.

Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta defiere al legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares...

(...)

El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.).

Para el cumplimiento de esta función, se asigna a los organismos de control la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (art. 268.5 de la C.P.). Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal...

(...)

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos

(...)

La Sala precisa que en el evento del ejercicio de la gestión fiscal, la comprobación de responsabilidad fiscal debe lograrse mediante la iniciación y agotamiento del proceso de responsabilidad propio de tal actividad, sin perjuicio de la que pudiera derivarse por la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias o, en su caso, de la responsabilidad civil deducible en el proceso penal, en los términos del artículo 65 en cita. Debe quedar claro que “la responsabilidad fiscal es tan sólo una ‘especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público.

(...)

Ello significa que si el Estado puede incoar la acción consagrada en el artículo 86 cuando ha sido condenado patrimonialmente como consecuencia

de una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes - caso en el cual podrá intentar la acción de repetición contra el servidor o exservidor - o si resulta perjudicado por la actuación de un particular, por fuera de la órbita de la gestión fiscal o sin que su conducta constituya delito, con mayor razón podrá hacerlo cuando sufre un detrimento patrimonial, por la acción u omisión de un servidor o exservidor público. Esta conclusión se refuerza al comprobar que estos agentes al lesionar el patrimonio público, se separan de las condiciones previstas por el legislador para el ejercicio de la función pública y caen en el campo de la actividad de los particulares, razón por la cual les es exigible - como mínimo - la responsabilidad propia de estos para efectos patrimoniales

(...)

La responsabilidad fiscal se configura cuando concurren una conducta dolosa o culposa atribuible a un servidor público o particular en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de ella, un daño patrimonial al Estado y el nexo causal de estos extremos, elementos que dan lugar - de ser ella concretada - al nacimiento de la obligación de reparación o resarcimiento mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por el Estado...»

*Susana Montes de Echeverry, Jorge Murqueitio Cabrera,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

RESPONSABILIDAD FISCAL

Acción de repetición. Procesos autónomos y de naturaleza diferente

6 de abril de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00015-00(1716)

...«Conforme con lo expuesto, se establece que estos mecanismos procesales (i) son autónomos e independientes, (ii) tienen diferente naturaleza, judicial la acción de repetición y administrativa la del proceso de responsabilidad fiscal, (iii) no son subsidiarios, ni su ejercicio es discrecional, razón por la cual no pueden promoverse indistintamente. Aunque su objeto es parcialmente afín - resarcir los daños causados al patrimonio público -, tienen una condición de aplicación diferente, pues, (a) mientras el fundamento de hecho de la acción de repetición es el daño antijurídico ocasionado a un tercero imputable a dolo o culpa grave de un agente del Estado, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima (b) el del proceso de responsabilidad fiscal está constituido por el daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causado por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos - art. 1º ley 610 -.

De suerte que en el caso consultado el detrimento al patrimonio del Estado si bien de manera mediata deviene del ejercicio irregular de la gestión fiscal, de forma directa e inmediata se origina en el reconocimiento indemnizatorio proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto - art. 2º, ley 678 de 2001-, como consecuencia del daño antijurídico causado a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente del Estado, lo cual explica claramente que no haya lugar a deducir responsabilidad fiscal por ese hecho, sino que proceda de manera exclusiva la acción de repetición. De este modo, es irrelevante la consideración del origen de la condena - con ocasión o no de gestión

fiscal – pues la procedibilidad de la acción de repetición se sustenta en el daño patrimonial causado al tercero cuya indemnización se ha ordenado judicialmente o debe repararse por el acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación del conflicto.

(...)

La jurisprudencia y doctrina transcritas sirven para reiterar lo ya dicho en relación con el caso específico consultado, pues no es jurídicamente viable adelantar de modo simultáneo la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, ya que es claro para la Sala que el ámbito de procedibilidad de cada uno de estos mecanismos está concretamente definido en la Constitución y en la ley y, por lo mismo, su ejercicio no es concurrente o alternativo sino excluyente, En efecto, siempre que se lesione el patrimonio de un tercero que obtiene a su favor el resarcimiento de perjuicios en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado; mientras que si la lesión al patrimonio estatal se produjo directamente por ejercicio de gestión fiscal, sin ocasionar daño a terceros, sólo es viable obtener por la administración la reparación mediante el proceso de responsabilidad fiscal.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce*

A. ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nuevo concepto de control fiscal: del control previo al control posterior y selectivo

28 de abril de 1992

Radicación: 28-CE-SC-EXP1992-N434 (434)

...«Al disponer la Constitución nueva en su artículo 267 que el contralor fiscal se ejerza por la Contraloría General en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, remitió el ejercicio de dicho control, en el tiempo, al de la aplicación de la ley que establezca dichos procedimientos y sistemas, es decir, a su expedición previa. Se ejercerá esa forma de control o vigilancia de la gestión fiscal en todas las entidades públicas de orden nacional y territorial, cuando queden establecidos por la ley los procedimientos para ejercerlo, dentro de los sistemas adoptados por la misma y con base en principios que al respecto ella acuerde. Entre tanto se aplicarán las normas que regulan el control posterior en cuanto sean compatibles con las nuevas normas constitucionales.

(...)

En todo caso, de la forma de control prescrita por el artículo 267., que presupone el establecimiento por la ley de los correspondientes procedimientos, sistemas y principios, es complementaria la de control de resultados, cuyo ejercicio a su turno quedó sujeto al mismo presupuesto, de donde resultan los términos de relación entre una y otra forma de dichos controles, atribuidos ambos a la Contraloría General. Con el control interno prescrito por el artículo 269 para las entidades públicas y condicionado también a lo que la ley disponga sobre su ejercicio, no se establece la misma

relación, por lo cual la posibilidad de adelantarlos sólo está sujeta a la expedición de la ley. La eliminación del control previo deriva directamente del constituyente, no quedó sujeta al ejercicio de otra forma de control que haya de regular previamente la ley ni al alcance de la disposición del artículo 267 puede corresponder la subsistencia de una forma de control eliminada por la “norma de normas” con efecto inmediato.

(...)

Con fundamento en lo expuesto, y ante la eliminación del control previo dispuesto por el artículo 267 de la Constitución Política a partir de la fecha de su publicación la sala de Consulta no considera necesario esperar a que se implante por la ley el control interno a que hace relación el artículo 269 de la Constitución. Este principio rige para la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, las Distritales y las Municipales.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Gestión fiscal del Auditor

23 de noviembre de 1993

Radicación: CE-SC-RAD1993-N550 (550)

...«El auditor debe ejercer el control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República. La gestión fiscal de la Contraloría General de la República consiste en la administración de los bienes y los recursos fiscales, asignados a ella para su funcionamiento, de manera que su manejo se afecte de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Los instrumentos o mecanismos jurídicos que tiene el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, como son los controles financieros, de legalidad, de gestión, de resultados, y la revisión de cuentas, con las variantes propias de su función y atendiendo a la naturaleza de la entidad controlada. De este modo, el auditor puede expedir los actos administrativos necesarios para cumplir con sus atribuciones, incluidos los que deba expedir en los procesos de responsabilidad fiscal. El Auditor es el funcionario indicado para que pueda ejercer la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos a favor del Tesoro Público, por responsabilidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Sin embargo, como esta función no hace parte del control fiscal sino que consiste en un procedimiento ejecutivo posterior, el legislador debe atribuir esta función expresamente al auditor para que la pueda ejercer. Mientras se expide la ley que prescriba el procedimiento para rendir cuentas los empleados de manejo de la Contraloría General de la República y los criterios evaluadores, el auditor debe revisar y fenecer las cuentas de dichos funcionarios con base en el reglamento general que sobre la materia haya dictado el Contralor General de la República. El parágrafo del artículo 64 de la ley 42 de 1993, dispone que las remuneraciones del personal de la Contraloría General de la República serán pagadas con cargo al presupuesto de esta entidad. En este orden de ideas, se tiene que los demás gastos de

la auditoría deben hacerse con cargo a dicho presupuesto, en el que se determinan rubros específicos para la Auditoría. Además, mientras el legislador no dispone otra cosa, el ordenador del gasto de estos recursos será el Contralor General de la República.

(...)

Las Contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones; estos deben ser celebrados respectivamente por el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizados por la asamblea departamental o por el concejo distrital o municipal, según el caso. La Constitución no otorga personería jurídica a dichas entidades, ni autoriza a las entidades mencionadas para que se la reconociera; por este motivo las contralorías departamentales sí son entidades técnicas de los departamentos o municipios y dependen de ellos para celebrar los contratos necesarios para su funcionamiento. Además ni la ley 42 de 1993 ni la ley 80 de 1993 reconocen personería jurídica a los Contralores Departamentales, distritales y municipales. La autonomía presupuestal de las contralorías departamentales se refiere a la ejecución del presupuesto ejercida directamente por ellas, sin la injerencia de otra entidad o funcionario, pero la determinación del presupuesto está limitada por el art. 245 del Código de Régimen Departamental. Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.»

*Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón (con aclaración de voto);
Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco (con aclaración de voto)*

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Auditoría General de la República. Competencia para fiscalizar
a las contralorías distritales y departamentales*

28 de febrero de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1392 (1392)

...«Teniendo en cuenta tanto el texto como el sentido de las normas que dieron origen a la Auditoría General y, de otra parte, la doctrina sentada por la Corte Constitucional, debe concluirse que la creación de este organismo, prevista en el artículo 274 de la Constitución Política, tuvo como finalidad servir de órgano vigilante de la gestión fiscal del ente fiscalizador de las demás entidades públicas, esto es, de los recursos públicos entregados a la Contraloría General de la República para el cumplimiento de sus funciones; a tal conclusión se llega, igualmente, considerando la función misma que le fue atribuida y constatando su ubicación en el título X de la Carta Política “De los organismos de control”. La vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías distritales o municipales, compete a las contralorías departamentales, conforme a lo previsto en el artículo 162 de la Ley 136 de 1.994...

(...)

El decreto extraordinario 272 de 2000, no le atribuyó, en el artículo 2 transcrito, competencia a la Auditoría General de la República para ejercer la vigilancia plena de la gestión fiscal de las contralorías distritales, ni municipales... Sin embargo, en el numeral 12 del artículo 17 del citado decreto, se previó para la Auditoría una competencia excepcional para la vigilancia de la gestión fiscal de dichas contralorías...

(...)

Como consecuencia de la declaración de inexequibilidad de las expresiones resaltadas del artículo 17 numeral 12 del decreto ley 272 de 2000 efectuada mediante la sentencia C-1339/00, la Auditoria General de la República, adquirió competencia plena para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de esas contralorías...

(...)

Atendiendo, entonces, este criterio de la Corte Constitucional, debe concluirse que hoy existe competencia concurrente de la Auditoria General de la República y de las contralorías departamentales respecto del control fiscal de las contralorías distritales y municipales, ya que en ambos casos, según la interpretación constitucional sobre el alcance del control posterior de cuentas, en la norma está comprendido el ejercicio integral de la vigilancia fiscal.

Con todo, debe señalar la Sala, que aunque la norma analizada expresamente dispone que la Auditoria General cumple la función de control sobre la gestión fiscal en los distritos y municipios, “sin perjuicio” de la competencia atribuida a las contralorías departamentales, en caso de que se llegue a presentar una colisión de competencias entre los dos órganos de control, existe la acción contencioso administrativa de definición de conflictos de competencias administrativas previsto en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Auditoria General de la República, tampoco puede estar orientada a efectuar controles sobre la legalidad o juicio de validez de la actuación administrativa de la contraloría vigilada, porque tal competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa. El control de legalidad que ejerce se refiere a la comprobación o verificación de las actuaciones financieras, administrativas, económicas o de otra índole que siempre estará referida al manejo de los bienes, rentas y recursos de la contraloría vigilada a fin de que se realicen conforme a las normas que le sean aplicables.

Por ello, el control de legalidad que le corresponde efectuar a la Auditoria General de la República, está claramente limitado a la verificación de las normas aplicables en la administración del patrimonio público, en cuanto a la utilización del mismo en el cumplimiento de las funciones atribuidas a las entidades por ella vigiladas, sin que pueda hacerse extensivo al control

de legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas vigiladas por las contralorías Nacional, departamentales y municipales; tampoco se extiende al control de legalidad que compete constitucionalmente a la jurisdicción contencioso administrativa.

Los controles de gestión y de resultados, según las definiciones de la ley 42 de 1993, comprenden el examen de eficiencia y eficacia y el logro de objetivos; implica por lo mismo, la capacidad para revisar a *posteriori* y de manera selectiva, las actuaciones de las contralorías territoriales para establecer si dichos principios, que son mandatos constitucionales, se cumplen en la entidad vigilada; por ello, la revisión de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por estas contralorías es necesaria, pero, naturalmente, desde la perspectiva de los controles de la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, no de instancia de revisión de las decisiones adoptadas.

Debe decirse, de otra parte, que si la vigilancia de la gestión fiscal encomendada a la Auditoría comprendiera la revisión de TODA la actuación de la contraloría vigilada, el control dejaría de ser selectivo, como lo ordena la Constitución Política. Tampoco puede entenderse que la vigilancia de la gestión fiscal se considere como un control disciplinario, pues, como antes se indicó, aquélla y este último difieren en cuanto a la naturaleza, objeto y régimen jurídico y porque la ley señala que dichas funciones son autónomas y se ejercen de manera independiente de cualquiera otra, según lo determinan los artículos 7 de la ley 42 de 1993, 2 de la ley 200 de 1995 y 2 de la ley 734 de 2002, y porque el control disciplinario de los servidores públicos no corresponde a la Auditoría General de la República, sino a la Procuraduría General de la Nación y a otros funcionarios competentes, conforme al ordenamiento constitucional y legal...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL

Elección de contralores departamentales

6 de agosto de 1992

Radicación: 141-CE-SC-EXP1992-N454 (454)

...«Las Asambleas Departamentales pueden reunirse en sesiones ordinarias y extraordinarias. En sesiones ordinarias se reúnen por derecho propio, para ejercer las facultades que la Constitución y las leyes le atribuyen y en sesiones extraordinarias, por convocatoria del correspondiente Gobernador, para ocuparse exclusivamente “de los temas y materias” señalados en el acto mediante el cual se efectúe la convocatoria. Las asambleas departamentales deben elegir contralores, de ternas enviadas por los tribunales superiores y contralores, de ternas enviadas por los tribunales superiores y de lo contencioso administrativo, en la forma prescrita por la Constitución. La asamblea departamental debe elegir al contralor en sus sesiones extraordinarias, si para ello es convocada por el gobernador. La convocatoria a sesiones extraordinarias de la asamblea departamental es discrecional del gobernador quien, por lo mismo, puede o no efectuarla teniendo en cuenta la conveniencia u oportunidad de la medida. Por consiguiente, la convocatoria a sesiones extraordinarias de la Asamblea Departamental no es obligatoria; el Gobernador puede o no efectuarla, según la considere o no conveniente y oportuna.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL

*Autonomía administrativa y presupuestal de las Contralorías
Departamentales y Municipales*

11 de diciembre de 1992

Radicación: 196-CE-SC-EXP1992-N485 (485)

...« Las Contralorías departamentales, distritales y municipales son respectivamente, dependencias de los departamentos, distritos y municipios y tienen autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones. Pero ello no significa que los contralores departamentales, distritales y municipales puedan nombrar y remover libremente a sus empleados.

Por el contrario según los artículos 268, número 10, y 272, inciso 6o. los empleados de las contralorías departamentales, distritales y municipales deben ser designados por el sistema de mérito y pertenecer a la carrera administrativa que prescribe la ley. Los contratos que interesen a las mencionadas contralorías deben celebrarse mediante el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizado por ordenanza departamental o acuerdo municipal. Sin embargo, la Constitución excepcionalmente faculta a los contralores departamentales, distritales y municipales, siempre que medie autorización legal para “contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal”.

En este caso excepcional el contralor, departamental, distrital o municipal, contrata según el caso, en representación del departamento, del distrito o del municipio. Los contralores departamentales, distritales o municipales no pueden celebrar ningún otro contrato en representación, respectivamente, de los departamentos, distritos y municipios. La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que tengan o que se les deba reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados

directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario.»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,
(con salvamento de voto), Roberto Suárez Franco*

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL

Presupuesto para su funcionamiento

29 de agosto de 1995

Radicación: 200-CE-SC-EXP1995-N714

...«El porcentaje del presupuesto destinado a la organización y funcionamiento de las Contralorías Departamentales, de que trata el artículo 245 del Decreto - ley 1222 de 1986, se toma del presupuesto general del departamento, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos y el presupuesto departamental o de la administración central. El presupuesto departamental incluirá, si existieren, los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del orden departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas en que el departamento tenga participación. Igualmente incluirá las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del departamento. El presupuesto respecto del cual se calcula o establece el porcentaje máximo que debe asignarse a la Contraloría Departamental, es el presupuesto general del departamento inicialmente aprobado por la Asamblea Departamental correspondiente. Las Contralorías Departamentales no están igualmente facultada para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento. El control fiscal de los municipios que no posean sus propias contralorías, debe entenderse que no tiene costo para los municipios y que las Contralorías Departamentales deben asumir los costos con base al porcentaje del presupuesto departamental a ellas destinado. Mientras no exista ley que las autorice, las Asambleas Departamentales no pueden establecer o autorizar a la Contraloría el cobro de auditaje a los municipios que no posean sus propias contralorías.

(...)

Si al elaborar el presupuesto general del departamento apropiando las partidas para todos los gastos, entre ellos el dos por ciento (2%) del mismo para que la Contraloría Departamental atienda la totalidad de sus gastos anuales, se encuentra que los ingresos legalmente autorizados son insuficientes, el gobierno departamental deberá presentar por separado un proyecto de ordenanza para que, dentro del marco legal de su competencia impositiva, cree nuevas rentas o modifique las existentes con el fin de atender los gastos no financiados. En dicho proyecto de ordenanza se harán los ajustes al proyecto de presupuesto de rentas hasta por el monto de los gastos no financiados. Conviene advertir que mientras se mantenga el desequilibrio entre los ingresos y las apropiaciones, el Gobierno está facultado para suspender mediante decreto las apropiaciones que no cuenten con financiación, igualmente está facultado para, en cualquier mes del año fiscal, reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales cuando estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos que con ellos han de pagarse, o que no fueren aprobados los recursos propuestos, o que los aprobados fueren insuficientes, o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados (artículos 30 y 34 de la Ley 179 de 1994). El eventual aumento del monto de las apropiaciones para complementar las insuficientes, ampliar servicios existentes o establecer nuevos, lo trata la ley de presupuesto como créditos adicionales cuya apertura está sujeta, de manera rigurosa, a la existencia clara y precisa del recurso que ha de servir para hacerla. La específica finalidad de esos créditos adicionales permite deducir que con fundamento en ellos no puede hacerse un reajuste automático del porcentaje máximo de las apropiaciones inicialmente aprobadas para las Contralorías Departamentales.»

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL

Control fiscal de las contralorías distritales y municipales

20 de noviembre de 2008

Radicación: 11001-03-06-000-2008-00080-00(1928)

...«De acuerdo con el recuento realizado, es claro que en principio, las contralorías departamentales son las competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías distritales y municipales, en virtud de lo previsto en la ley 136 de 1994. Ratifica lo anterior, el artículo 17 numeral 12 transcrito, cuando al asignar una competencia (en ese momento excepcional) al Auditor General de la República, expresamente establecía que la misma se ejercería **“sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales”**.

Dado que en la consulta se solicita revisar el tema de la posibilidad de una derogatoria de las facultades otorgadas a las Contralorías Departamentales, desde ahora se conceptúa que para la Sala no existe incongruencia u oposición entre las competencias previstas en la ley 136 de 1994 y en el decreto ley 272 de 2000, sino un régimen legal de competencias concurrentes. Esto implica que con la expedición del decreto ley 272 no se dio el fenómeno de la derogación normativa en los términos previstos por nuestra legislación. La Sala estima que para este estudio, se debe apelar al método de interpretación sistemática, en el cual se entiende que la norma jurídica hace parte de un todo, y por tanto, su significado y alcance está “en función del sistema jurídico al cual pertenece”, de manera que se debe preferir aquella interpretación “que mejor permita la armonización de las distintas disposiciones”. Por tanto, el operador jurídico debe buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico como pasa a revisarse.

(...)

Las Contralorías Municipales se encuentran sujetas a un control general e integral por parte de las Contralorías Departamentales, sin perjuicio de la atribución asignada al Auditor General de la República para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, mediante el sistema de revisión de cuentas. Lo anterior significa que es la misma ley la que ha asignado competencias concurrentes a las Contralorías Departamentales y al Auditor General de la República sobre las Contralorías Municipales, únicamente en lo relativo al sistema de revisión de cuentas. »...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina*

CONTRALORÍA DISTRITAL

Determinación de la estructura orgánica

9 de octubre de 1995

Radicación CE-SC-RAD1995-N738 (738)

...«Siendo las contralorías dependencias de la administración departamental, municipal y distrital, la determinación de su estructura orgánica corresponde a las corporaciones respectivas; así como la creación, fusión y supresión de empleos lo mismo que la fijación de la remuneración de su personal. No obstante, las contralorías tienen sus funciones definidas y además de las actuaciones señaladas por la Constitución, la ley les asigna otras competencias específicas que se hallan contenidas en el artículo 165 de la Ley 136 de 1994. Dentro de ellas, la única función que en materia de empleo se les asigna, es la de proveer lo de su dependencia, si es del caso mediante los procedimientos establecidos para la carrera administrativa, así como reglamentar los permisos y las licencias de conformidad con la ley. Esta atribución, en el Distrito Capital, está señalada en el artículo 105 numeral 14 del Decreto - ley 1421 de 1993. La asignación de funciones a las distintas dependencias de la administración territorial, está reservada a las asambleas y a los concejos; y la asignación de funciones especiales a los empleos de dichas dependencias, con exclusión de los organismos de control, corresponde a los gobernadores y alcaldes. La distribución de asuntos o negocios entre distintas dependencias o empleados de la contraloría, es asunto que le corresponde definir al contralor como función administrativa propia en el reglamento interno, siempre y cuando no se contrarién disposiciones de mayor jerarquía y no se trate de asignación de funciones.»

*Roberto Suárez Franco, Javier Henao Hidrón,
César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza*

CONTRALORÍA MUNICIPAL

Facultad del contralor de suspender funcionarios investigados

15 de julio de 1992

Radicación No. 452

...«La Sala considera que la nueva potestad atribuida por la Constitución a los Contralores para efectos de exigir la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelantan investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal, es responsabilidad personal de cada Contralor, quien actuará “verdad sabida y buena fe guardada”. Dicha potestad puede ejercerse en cumplimiento del marco institucional del control fiscal y comprende a los funcionarios que se determinan como sujetos pasivos del mismo por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado. Conforman la excepción aquellos casos regulados especialmente por la Constitución, como sucede con el presidente de la República, los magistrados de los altos Tribunales de justicia y el Fiscal General de la Nación (*ibídem*, artículos 174, 175, 178 - 3 y 256 - 3); los miembros del Consejo Nacional, cuya pérdida de investidura corresponde decretar al Consejo de Estado por las causales enumeradas en el artículo 183; los miembros de las demás corporaciones públicas, para los cuales la ley puede establecer el procedimiento de revocatoria del mandato (*ibídem*, artículos 4Q - 4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (*ibídem*, artículos 259, 304 y 314). Por lo demás, la orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución, “mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”»

*Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL

Contratación con empresas privadas

25 de noviembre de 1998

Radicación: CE-SC-RAD1998-N1161(1161)

...«Lo expuesto permite concluir a la Sala que con la expedición de la Constitución de 1991, no solo se atribuyó autonomía e independencia a la Contraloría, sino que se le otorgaron herramientas que le permiten a su titular adelantar sus funciones con mayor eficiencia y eficacia, de tal suerte que pueda abandonar esa actitud “tímida”, como la califica el propio solicitante, y hacer uso de los mecanismos de que dispone dentro del ámbito de autonomía y el carácter técnico con que dotó la Constitución a esa entidad, sin sujetar el ejercicio de la función fiscalizadora a dependencia nominadora alguna. Por lo anterior, estima la Sala que el hecho de que la elección del Contralor General de la República corresponda al Congreso en pleno no constituye óbice para que la Contraloría pueda cumplir con eficiencia y eficacia las funciones fiscalizadoras ante dicha corporación y, menos aún, que tal situación justifique por sí misma la contratación de una empresa privada para que adelante la vigilancia de la gestión fiscal.

Diferente es que, como lo manifestó el señor Contralor en documento adicional a la consulta, la referida contratación implique una significativa disminución en los costos que dicha actividad ocasiona a la Contraloría General de la República, tanto en el nivel del recurso humano, como en el técnico y el financiero. Y que este ahorro, según su apreciación, pueda redundar en beneficio de otras entidades a las cuales no se ha podido auditar oportunamente y presentan altos riesgos en el manejo de recursos públicos. Bajo los anteriores supuestos, se está frente a la causal prevista en la letra c) del artículo 31 de la ley 42 de 1993, que consagra la conveniencia económica como un factor de justificación para que los órganos de control fiscal puedan contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas, modalidad

ésta que responde a los lineamientos económicos que tienden a reducir la intervención del Estado y posibilitar la participación de la empresa privada, inclusive en los procesos de control.

En este caso, la empresa privada ejerce el control fiscal sin invadir la órbita constitucional de la Contraloría General de la República; puede formular observaciones, pero no iniciar procesos de responsabilidad fiscal, pues éstos compete adelantarlos única y exclusivamente al respectivo órgano de control, el cual podrá reasumir la vigilancia de la gestión fiscal en cualquier tiempo.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Luis Camilo Osorio Isaza,
Augusto Trejos Jaramillo*

B. SUJETOS DEL CONTROL FISCAL

BANCO DE LA REPÚBLICA

Control fiscal

31 de julio de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N848(848)

...«El Banco de la República cumple gestión fiscal en la realización de las funciones contenidas en el artículo 371 de la Constitución Política, con excepción de las ejercidas por su Junta Directiva como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

Las actividades u operaciones sujetas a control fiscal posterior y selectivo, son las siguientes:

a) Las operaciones materiales y administrativas que realiza el Banco para ejecutar las decisiones de política monetaria, entre ellas la impresión o acuñación de moneda, retiro de circulación o incineración de moneda, gastos administrativos, costos de seguridad.

b) La administración de las reservas internacionales, que comprende el manejo, inversión, depósito en custodia y disposición de los activos de reserva.

c) La administración, representación o manejo de bienes o recursos del Estado, o el otorgamiento de créditos o garantías, cuando el Banco sirva de agente fiscal del gobierno, previa celebración de los contratos correspondientes.

d) Los resultados de las operaciones financieras en las que el Banco actúe como entidad bancaria, los cuales deben aparecer en el balance general y el estado de pérdidas y ganancias de cada ejercicio anual.

2.2 El párrafo de la parte resolutive de la sentencia C-529/93 de la Corte Constitucional, significa que la gestión fiscal del Banco de la República está representada por los actos de administración, materiales o de ejecución, que puedan tener incidencia económica o efectos mensurables en las finanzas públicas, como son su actividad administrativa, contable y presupuestal, conforme a lo señalado en las consideraciones de esta consulta; en consecuencia, sobre dichas actividades la Contraloría General de la República dispone de atribución para ejercer la función de control fiscal sobre el Banco de la República, en los precisos términos señalados en la Constitución y la ley.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Control fiscal

3 de diciembre de 2001

Radicación: CE-SC-RAD2001-N1375 (1375)

...« [L]as Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma señalada en el Código Civil, cuya finalidad es cumplir funciones de seguridad social.

Estas Cajas están encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, “prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo”, su objetivo primordial es aliviar las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia.

(...)

Para la Sala, no obstante estar atribuida a la Superintendencia de Subsidio Familiar la inspección y vigilancia de las Cajas de Compensación Familiar, este control es de orden administrativo y preventivo, en tanto que el control fiscal está asignado por la Constitución y la ley, de manera privativa, a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, distritales y municipales, que lo ejercen en forma posterior y selectiva de conformidad con los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en las normas que regulan la materia.

Dispone la ley que mediante el control fiscal se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos los órdenes y niveles, incluidas las contribuciones parafiscales (arts. 4o. y 28 ley 42/93). En consecuencia, al ser las Cajas de Compensación Familiar personas jurídicas de derecho privado, encargadas

de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar -recursos de carácter parafiscal- son sujetos de control por parte de los órganos respectivos, esto es, las Contralorías.

Finalmente, la Sala precisa que el control fiscal corresponde a las contralorías según el siguiente criterio : a) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el país, como puede ser el caso de Comcaja, será competente la Contraloría General de la República; b) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores en todo el territorio de un departamento, será competente la Contraloría Departamental respectiva; y c) Si la Caja de Compensación Familiar ejerce sus actividades de afiliación de empleadores sólo en el territorio del municipio donde tiene su sede o domicilio, será competente la Contraloría Municipal respectiva y, si no la hubiere, dicha competencia corresponderá a la Contraloría Departamental con jurisdicción en el respectivo municipio...»

*César Hoyos Salazar, Ricardo H. Monroy Church,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Naturaleza, recursos y control fiscal

15 de agosto de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00073-00(1763)

...«Así las cosas, si bien es cierto que en alguna de las etapas del régimen del subsidio familiar y del sistema de las Cajas de Compensación Familiar, se pudo haber discutido sobre la naturaleza jurídica de las mismas, la ley 21 de 1982 despejó cualquier duda al respecto, al identificarlas como personas jurídicas de derecho privado, carácter que reconoce la ley 789 de 2002. En cuanto al ámbito funcional de las Cajas, es importante señalar que el artículo 41 de la ley 21, les asignó atribuciones relativas al recaudo, distribución y pago de los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales etc.; lo que significa que desde aquel entonces y actualmente en los términos del artículo 3º de la ley 610 de 2000, estos entes realizan gestión fiscal sobre los recursos del subsidio familiar.

De ahí en adelante, como se afirma en un artículo publicado por el Centro de Desarrollo Empresarial, “*el sistema ha venido evolucionando y creciendo por la geografía colombiana (...)*”, y el legislador les ha otorgado nuevas competencias, en materia de seguridad social en salud, vivienda, educación, recreación, protección social al desempleo, a la niñez y de carácter financiero (leyes 100 de 1993, 3ª de 1991, 115 de 1994, 633 de 2000, 789 de 2002 y 920 de 2004).

(...)

En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la

Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto.

Del conjunto de disposiciones citadas se llega a la conclusión que las normas constitucionales y legales, desde el punto de vista material – pertenencia de los fondos o bienes -, le atribuyen a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal sobre los recursos públicos de la Nación que administren los particulares.

(...)

Así las cosas, como quiera que los recursos parafiscales que administran las Cajas de Compensación son recursos públicos que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, fruto de la soberanía del Estado, aunque sean de carácter extrapresupuestario, considera esta Sala que la competencia para ejercer el control fiscal sobre los mismos, le corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal, y en este sentido se modifica la doctrina contenida en el concepto 1375 de 2.001.»

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce*

III. REGÍMENES PRESUPUESTALES ESPECIALES

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Tributos

4 de marzo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N775(775)

...«De acuerdo con lo expuesto, tanto la Ley 14 de 1983 como la Ley 142 de 1994 facultan a las entidades territoriales para gravar con tasas, contribuciones o impuestos a los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios, precisando la segunda que las entidades prestadoras de servicios públicos, más exactamente “los servicios públicos domiciliarios”, sólo están sometidas al régimen tributario regional o local, cuando también lo estén las actividades que con carácter industrial o comercial sean objeto del impuesto en forma general dentro del respectivo territorio.

En síntesis, la Ley 142 de 1994 no distinguió entre los conceptos industrial, comercial y de servicios públicos y estableció una sola categoría, la de “servicios públicos domiciliarios” a las que sujetó al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales; pero advirtió que los departamentos y municipios podrían hacer objeto de gravámenes a las empresas de servicios domiciliarios siempre que a su vez, les sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales en el respectivo territorio (art. 24, numeral 1, *ibídem*).»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Régimen presupuestal

29 de abril de 1996

Radicación: CE-SC-EXP1996-N798(798)

...«Para efectos de determinar el conjunto normativo aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, con participación de departamentos, municipios o sus entidades descentralizadas, debe partirse de las modificaciones que introdujo la Constitución de 1991 al sistema nacional y territorial del presupuesto, orientadas hacia la coordinación de la autonomía de las entidades territoriales con el mantenimiento de la unidad orgánica presupuestal en los distintos niveles administrativos.

(...)

Sobre el alcance de estas nuevas disposiciones constitucionales, la Sala recientemente expresó:

“Con ello se impone el principio de la unificación del sistema presupuestal, no sólo por el contenido de la preceptiva, sino por el alcance y fuerza jurídica de la ley orgánica de rango cuasi - constitucional, dado que conforme al artículo 151 de la Carta aquella condiciona el ejercicio de la actividad legislativa (atributo propio de la norma constitucional), entendiéndose la desarrollada tanto de forma ordinaria por el órgano legislativo, como por el Presidente de la República de modo extraordinario (arts. 349, 150 - 10, transitorio 41). Esta regulación propia del Estado Unitario, se ve complementada con manifestaciones normativas del principio de autonomía local (art. 1º) en los artículos 300 - 5 y 313 - 5 de la Constitución Política, los cuales confieren a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, la capacidad para expedir las normas orgánicas del presupuesto, en adición a la atribución ordinaria de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos de la respectiva entidad territorial, facultad

aquella que proviene directamente de la norma constitucional, se reitera.” (diciembre 7 de 1995. Rad. 755).

(...)

Precisado este contexto constitucional y el alcance de la ley orgánica del presupuesto, además de la capacidad de los departamentos y municipios para expedir sus propias normas orgánicas de presupuesto, sin contrariar aquella, debe señalarse el contenido de la Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que se encuentran compilados en el Decreto 111 de 1996, al cual referiremos las citas legales para los fines de esta consulta.

(...)

Esto significa que las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, así como las entidades descentralizadas que venían prestando esos mismos servicios al entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del Estado, están sometidas a un régimen presupuestal compuesto por aquellas disposiciones que expresamente sean aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 3° inc. 4).)»...

*Javier Henaó Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES

Régimen presupuestal

28 de mayo de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N830(830)

...«1. El régimen presupuestal aplicable a las corporaciones autónomas regionales y a las de desarrollo sostenible, es el contenido en la legislación orgánica sobre la materia (leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 compiladas por el decreto 111 de 1996), particularmente para el manejo de los recursos apropiados en el presupuesto nacional. En consecuencia, dichas corporaciones quedan sometidas al mismo régimen presupuestal establecido para las personas jurídicas públicas del orden nacional y cuyo patrimonio este constituido por fondos públicos (siempre que no sean empresas industriales y comerciales del Estado) es decir, el dispuesto para los establecimientos públicos del orden nacional (art. 63 de la ley 179 de 1994).

2. La administración y distribución de los recursos se realiza de acuerdo con lo regulado en el Estatuto del Presupuesto de la Nación.

3. El presupuesto de gastos contendrá una sección por cada corporación autónoma, con identificación y clasificación de sus recursos y rentas propias.

4. Las corporaciones autónomas para efectos presupuestales, no se consideran como unidades ejecutoras del Ministerio del Medio Ambiente. Pero conforme a la ley 99 de 1993 deben coordinar sus programas con las políticas de este Ministerio.

5. Con los recursos del presupuesto nacional pueden financiarse tanto gastos de funcionamiento como de inversión; pero la destinación debe hacerse conforme lo dispone el presupuesto general de la Nación.

Las apropiaciones globales con destino a las Corporaciones Autónomas, no pueden tener lugar por cuanto la ley orgánica de presupuesto no las prevé. Lo anterior sin perjuicio de las facultades que tienen los respectivos consejos directivos para distribuir las partidas conforme a lo señalado en el plan general y en la ley orgánica del presupuesto.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

IV. TRIBUTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES

A. GENERALIDADES Y TIPOS

ANALOGÍA

Aplicación en materia tributaria

17 de octubre de 1996

Radicación: CE-SC-RAD1996-N874(874)

...«La aplicación de la analogía en materia tributaria ha sido muy discutida, por razón de la prevalencia del principio de la legalidad. Sin embargo, hay quienes afirman : “Es evidente que la analogía no es admisible en el derecho tributario material, es decir, en el que tiene por objeto definir el nacimiento de la obligación tributaria, pues ello equivaldría a admitir la posibilidad de establecer tributos sin que mediara la creación legal. Es admisible la analogía en el derecho tributario formal, o sea en el que tiene por objeto determinar las bases de la liquidación para definir la cuantía del tributo”.

Por su parte, Enrique Low Murtra y Jorge Gómez Ricardo señalan : “La doctrina acepta que la analogía en materia tributaria puede adoptarse como método de integración y no como método de interpretación. Está dirigida a colmar vacíos de la legislación y mediante ella no pueden crear tributos, ni disponerse de exenciones. Aunque nuestra legislación no contiene disposiciones relativas al lleno de vacíos legales, la jurisprudencia ha sostenido la posibilidad de recurrir a los principios generales del derecho tributario en primer lugar y a principios generales del derecho administrativo en segundo término, para colmar vacíos, siempre y cuando se respete el principio de la legalidad de los tributos”.»...

*Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar,
Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco*

FACULTAD IMPOSITIVA

Autoridad competente para establecer contribuciones

10 de octubre de 1994

Radicación: CE-SC-RAD1996-N640 (640)

...«El régimen constitucional anterior a la Carta de 1991, el establecimiento de contribuciones era una iniciativa reservada al Congreso, a las Asambleas Departamentales o a los Concejos Municipales; dicha facultad constitucional debía concentrarse en leyes, ordenanzas o acuerdos; esto quería decir que el establecimiento de contribución no podía ser motivo de delegación en otra autoridad, por cuanto que la norma constitucional era absolutamente restrictiva al reservar tal facultad a las mencionadas corporaciones de elección popular. La Constitución de 1991, no obstante que en el artículo 338 repite parcialmente el ordenamiento constitucional de 1886, fue más explícito al agregar las contribuciones parafiscales y disponer que “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”. El inciso 2° del artículo 338 últimamente citado, autoriza a la ley, las ordenanzas y los acuerdos para permitir que las autoridades fijen la tarifa de 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; sin embargo, la norma se aclara en cuanto ordena que “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”.»

*Roberto Suárez Franco, Jaime Betancur Cuartas,
Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo*

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL

Naturaleza jurídica

6 de junio de 2002

Radicación: CE-SC-RAD2002-N1421 (1421)

...«Atendiendo a la naturaleza de los servicios públicos en beneficio de los cuales son percibidas las contribuciones especiales y establecidas en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se concluye que las mismas se asemejan más a la figura de la tasa, que a la denominada por algunos autores, tasa parafiscal o contribución parafiscal, pues la función de fiscalización y la de regulación son funciones inherentes al Estado.

(...)

No obstante la falta de claridad al tipificar las contribuciones especiales que financian la prestación de servicios, esta Sala estima que el criterio que primó para el Legislador en la expedición de la Ley 225 de 1995 (compilada en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996), fue precisamente la naturaleza de los servicios públicos en beneficio de los cuales son percibidas, que se evidencia en la exposición de motivos respectiva.

(...)

En este orden de ideas, debe la Sala concluir, que las contribuciones denominadas como especiales en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, son de carácter obligatorio, pues se trata de una imposición social y económica, a través de la cual las entidades reguladas o vigiladas contribuyen a garantizar el financiamiento de los costos de los organismos que cumplen las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control.

Los ingresos públicos obtenidos por el recaudo de las contribuciones especiales creadas por la Ley de Servicios Públicos provienen de las entidades

que prestan estos servicios; representan una contraprestación por un servicio público consistente en la regulación y fiscalización de los sectores prestatarios de servicios públicos, aunque no confieren a los contribuyentes el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien específico y medible, en los mismos términos en los que sucede en el caso del suministro de energía, acueducto etc..

Sobre el beneficio específico de la tasa como elemento tipificador de esta figura se ha pronunciado la doctrina, pues la línea divisoria entre la tasa y la contribución no es tan clara si se atiende a las características generales de este tipo de ingresos. En artículo publicado por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, se afirma que en lo que sí existe una gran coincidencia de los especialistas en el tema “es que del pago de las tasas no se desprende necesariamente la obtención de un provecho para el contribuyente y que por lo tanto el beneficio efectivo de la tasa no debe ser utilizado como elemento tipificador o característico del tributo”. , pues la noción de tasa entraña la contraprestación efectiva o potencial de un servicio.

Luego de consultar los antecedentes de la disposición actual contenida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y los pronunciamientos acogidos por la Corte y por la doctrina, en torno a temas similares que tratan de contribuciones destinadas a recuperar los costos de servicios públicos administrativos de regulación y de fiscalización, es dable concluir que, a la luz de la normatividad vigente la naturaleza jurídica de las contribuciones especiales de la ley 142 de 1994, se enmarca dentro de la figura de la tasa, pues el criterio de interpretación que ha definido cuando se está en presencia de una u otra figura, es el de la naturaleza del servicio que se pretende sufragar y no la discrecionalidad del virtual beneficiario para ejercer la opción de adquirir o no el bien o servicio, como tampoco el del beneficio genérico reportado al sector en el ejercicio de las funciones. Si estos fueran los criterios únicos imperantes, jamás este tipo de contribuciones podrían ostentar la calidad de tasa ya que la aplicación del régimen regulatorio de servicios públicos y las funciones de policía administrativa de la Superintendencia, se aplican indistintamente si la empresa vigilada o regulada paga o no la tarifa...»

*César Hoyos Salazar, Susana Montes de Echeverry,
Flavio Rodríguez Arce, Augusto Trejos Jaramillo*

PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL

Excepciones

5 de julio de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2016-00001-00(2278)

...« En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal.

Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348), y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347).

Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario.

En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989).

(...)

En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.

Lo anterior no significa que solo se pueden comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica reguló la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras diferentes a aquella en que se realiza el compromiso. Este mecanismo denominado vigencias futuras es de dos clases: las vigencias futuras ordinarias, respecto de la asunción de obligaciones que comprenden recursos de la vigencia fiscal en curso, y las vigencias futuras excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

(...)

Si desde un comienzo se previó que la ejecución de un contrato debía extenderse más allá del período de vigencia anual, se recuerda que a través de la figura del compromiso de vigencias presupuestales futuras es posible hacer una programación del contrato. De esta forma previa autorización, se pueden adquirir compromisos cuando la ejecución del contrato inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en vigencias posteriores.

Puede ocurrir también que aquellos contratos que debían cumplirse dentro de la respectiva vigencia anual y sobre los cuales no se autorizó previamente comprometer vigencias futuras, al terminar el año no estén concluidos y deban continuarse o pagarse durante la vigencia fiscal subsiguiente, hecho que obliga a preguntarse sobre los mecanismos adecuados para conservar la apropiación presupuestal de los recursos que habían sido presupuestados y que no pudieron ser gastados en la vigencia presupuestal respectiva.

Sea entonces lo primero advertir que el principio de ejecución anual del presupuesto no es absoluto sino que presenta excepciones señaladas en la ley. Para el efecto, considera la Sala que son aplicables a la ejecución del presupuesto en materia de contratación estatal las siguientes operaciones que ante los efectos de la suspensión en el término de la ejecución del contrato permiten conservar la apropiación presupuestal: a) las reservas

presupuestales o de apropiación, cuando el objeto del contrato no fue cumplido dentro del año fiscal; b) las reservas de caja o cuentas por pagar, cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre pero no se le ha pagado al contratista. »...

Germán Alberto Bula Escobar, Édgar González López, Álvaro Namén Vargas

RECURSOS PARAFISCALES

Características

8 de julio de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00047-00(2000)

...«A partir de su consagración constitucional y legal, así como de su desarrollo jurisprudencial, esta Sala tanto en el concepto 748 de 1995 como con posterioridad al mismo ha señalado las notas características de las contribuciones parafiscales, cuya síntesis es la siguiente:

i) El Congreso de la República las puede establecer excepcionalmente, en los casos y bajo las condiciones que señale la ley.

ii) Gravan sólo a un determinado y único grupo social o económico, y no de manera general a toda la población;

iii) Los recursos, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable, se destinarán exclusivamente al objeto previsto en la ley que establezca la respectiva contribución;

iv) Los recursos se utilizan para beneficio del propio sector gravado, conforme a la destinación especial indicada por la ley que impone la contribución; es decir, es un gravamen con destinación específica.

v) Por mandato de la ley orgánica de presupuesto, el manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea, la cual puede determinar que se haga por organismos o entidades públicas o privadas, directamente o mediante un contrato especial;

vi) Los recursos recaudados no ingresan al erario público, esto es, no forman parte de los ingresos corrientes de la Nación, y los rendimientos que

produzcan no quedan comprendidos dentro de los recursos de capital del presupuesto de la Nación;

vii) Se pueden imponer a favor de entidades u organismos públicos o privados, encargados de cumplir la destinación específica señalada en la contribución.

viii) Aunque no forman parte del presupuesto general de la Nación, en caso de ser administrados por un órgano que sí forma parte de aquél, se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía, sin que ello modifique su origen y destinación.

Las contribuciones parafiscales tienen, con los impuestos y las tasas, los siguientes elementos comunes: a) se imponen por ley; b) son gravámenes obligatorios; c) son recursos públicos; d) están sometidas al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
Augusto Hernández Becerra, William Zambrano Cetina*

B. SUJETOS

UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Financiación. Recaudos por estampillas pro-universidad

26 de octubre de 2006

Radicación: 11001-03-06-000-2006-00086-00(1770)

...«1.1 Características de la obligación legal de financiación

(i) En primer término, es claro que el legislador mediante la ley 30 ejerció su competencia legal ordinaria para regular la educación y para establecer, consultando las condiciones de autonomía garantizadas por la Carta, los mecanismos de participación y las fuentes de financiación en las que la nación y las entidades territoriales deben concurrir.

(ii) El precepto comentado [artículo 86 de la Ley 30 de 1992] regula la participación de la Nación y de la respectiva entidad territorial en el financiamiento de las universidades estatales, previendo la realización de aportes destinados al funcionamiento y la inversión, así como la financiación con recursos propios de los entes universitarios, de manera que puede afirmarse que tal financiación se cumple en un contexto de complementariedad y concurrencia.

(iii) Los aportes a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, tienen el carácter de obligatorios, en cuanto la ley no deja a la discrecionalidad o liberalidad de las entidades obligadas efectuarlos o no y, por tanto, han de cumplirse con una periodicidad anual, mediante la aplicación del mecanismo de referencia que determina la cuantía mínima de la apropiación, consistente en tomar el monto de la vigencia anterior para ser

incrementado en pesos constantes de un año a otro, “tomando como base los presupuestos de rentas y gastos vigentes a partir de 1993”.

(...)

Por tanto, la Sala precisa que los recursos destinados legalmente por concepto del producto del recaudo de la estampilla son fuentes adicionales de financiación de la universidad, distintas a los que deben apropiarse para atender las restantes obligaciones de financiación a cargo de las entidades territoriales.

De lo anterior se desprende también que no es posible darle a los recursos originados en la estampilla una utilización o destino diferente al previsto en la ley, y por esta razón no pueden utilizarse en la atención de gastos administrativos a cargo del Departamento, como en efecto lo constituyen los causados por la atención de la planta de personal de la Junta Ciudadela Universitaria que forma parte de la estructura administrativa del departamento, en desarrollo de la función de recaudación y administración de la estampilla que la misma ley le atribuye a esta entidad territorial a través del mencionad organismo (ley 77 de 1981, art. 7°; ley 633 de 2000, art. 94).

Los gastos de administración del tributo corresponden al departamento, y no están comprendidos en la destinación del producto del gravamen.

En consecuencia, las autoridades departamentales carecen de toda facultad para variar las destinaciones legales. »

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Gustavo E. Aponte Santos,
Enrique José Arboleda Perdomo, Flavio A. Rodríguez Arce*

UNIVERSIDADES PÚBLICAS

*Tributo que se causa por la suscripción de contratos de obra,
“contratos conexos” y sus adiciones*

10 de mayo de 2016

Radicación: 11001-03-06-000-2015-00166-00(2271)

...« En primer lugar, es importante advertir que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el reciente concepto N° 2229 de 2015, se ocupó de estudiar in extenso y detalladamente el origen, los elementos esenciales, la vigencia, la forma de pago y otros aspectos de este tributo, así como su aplicabilidad a diferentes tipos de entidades y contratos. Como quiera que la presente consulta recae sobre el mismo gravamen, la Sala remite a lo explicado de modo general en dicho concepto y solamente hará énfasis en algunos puntos que resultan pertinentes y relevantes para absolver las preguntas planteadas por COLDEPORTES. Asimismo hará algunas precisiones adicionales.

(...)

Como se aprecia, el mismo legislador se ocupó de señalar explícitamente la naturaleza jurídica de este gravamen, al calificarlo como una contribución parafiscal.

Ahora bien, vale la pena recordar que para la doctrina y la jurisprudencia, los elementos esenciales de todo tributo son: el hecho gravable o generador, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la base gravable y la tarifa. Estos elementos, no solamente permiten tipificar y distinguir un tributo de otro, sino que deben ser establecidos directamente por el legislador, en virtud de los principios de representación popular, legalidad, y certeza en materia tributaria, tal como lo dispone el artículo 338 de la Carta Política, entre otras normas.

En el caso de la “estampilla pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia”, tales elementos se encuentran previstos expresamente en la Ley 1697 de 2013...

(...)

[P]ueden extraerse las siguientes conclusiones que resultan importantes para el análisis de la consulta planteada:

(i)El tributo se causa por la celebración o suscripción de contratos de obra, “contratos conexos” (como los define el artículo 5° de la Ley 1697) y sus adiciones que impliquen un aumento en el valor del contrato original, en los que actúe como parte contratante cualquiera de las entidades estatales definidas en el artículo 2°, numeral 1° de la Ley 80 de 1993, siempre que se trate de una entidad del orden nacional.

(ii)Los “contratos conexos” incluyen, además de los de diseño, operación e interventoría, todas las modalidades del contrato de consultoría a que alude el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80, siempre que el proyecto al cual se refieran los respectivos servicios consista en la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble.

(iii)La naturaleza jurídica del contratista (es decir, quien realiza o ejecuta la obra encomendada, o presta los servicios contratados, según el caso) resulta, en principio, indiferente para efectos de este gravamen. Por lo tanto, en los contratos que se relacionan en los numerales anteriores, el contratista puede ser cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o público, que tenga la capacidad legal (y, en su caso, convencional o estatutaria) para realizar los trabajos o prestar los servicios encomendados. Dicho contratista es el sujeto pasivo de la obligación tributaria sustancial, que cumple, en principio, mediante la retención del gravamen que le debe hacer la entidad contratante sobre cada pago derivado del contrato.»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo (conjuez),
Édgar González López, Álvaro Namén Vargas*

FACULTAD IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

No es absoluta y exige participación del legislador. Estampillas

20 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-06-000-2010-00037-00 (1994)

...«Puede afirmarse entonces, que hoy la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado en sus dos Salas, están unificadas en torno a que tratándose de la creación o autorización de creación de impuestos para las entidades territoriales, específicamente cuando se identifican con la emisión de estampillas, el legislador debe precisar el hecho gravado o generador del tributo, para que la ley correspondiente pueda estar ajustada a la Constitución Política y para que en ejercicio de sus correspondiente facultades constitucionales y legales, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales preserven el principio de legalidad del tributo.

No obstante su importancia y la necesidad que había de llegarse a ella, la unificación del criterio jurisprudencial no altera las decisiones que con fuerza de cosa juzgada se tomaron anteriormente con aplicación de los criterios predominantes en la época respectiva, de manera que los efectos de las leyes así declaradas exequibles no pueden ser desconocidos ni tampoco interpretados bajo el criterio unificador.

Ello significa que en los casos en los que como consecuencia de la indeterminación de los elementos del tributo y en particular del hecho gravable o generador del mismo, las Asambleas departamentales y los Concejos distritales y municipales quedaron habilitados por el legislador para establecerlos, las Ordenanzas y los Acuerdos respectivos continuarán siendo de obligatoria aplicación a menos que medie suspensión provisional o declaratoria de nulidad, por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, la reseña de la jurisprudencia sobre el tema de la primera parte de la consulta, muestra cómo en razón del fundamento constitucional y su interpretación jurisprudencial acerca del alcance de las competencias del legislador, de las asambleas y de los concejos en materia impositiva, continúan vigentes leyes, ordenanzas y acuerdos que definen de distintas maneras el hecho gravable o generador del tributo, lo cual equivale a decir que para conocer cuándo y bajo qué condiciones procede el pago del impuesto “de estampillas”, en un determinado municipio o departamento es imprescindible conocer las ordenanzas o acuerdos que lo regulen específicamente, así como la o las leyes con base en las cuales haya sido adoptado, y los pronunciamientos judiciales sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas mencionadas, si los hay.

Ante esta realidad, no es factible elaborar una definición del “hecho generador de las estampillas”, o establecer por analogía o comparación elementos, condiciones o requisitos tendientes a unificarlo, como tampoco interpretarlo en una entidad territorial bajo los criterios contenidos en las regulaciones que aplican en otro departamento, distrito o municipio. Lo dicho, por supuesto, no excluye la posibilidad de encontrar identidades en las normas territoriales por virtud de la autorización legal que puedan compartir»...

*Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Enrique José Arboleda Perdomo,
William Zambrano Cetina*

ÍNDICE ANALÍTICO

- A**
- ACCIÓN DE TUTELA, 72**
Finalidad, 73
- ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD, 67, 68**
- ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**
Principio de legalidad y competencia, 293
- ACTO ADMINISTRATIVO**
Notificación electrónica, 294
Revocatoria directa, 292
- ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**
Debido proceso, 59
Principio de publicidad, 277
- ACUERDO DE PAZ**
Refrendación, 116
- ADJUDICACIÓN**
De bienes baldíos, 546
De minas, 549
- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**
Concepto, 186
- ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COOPERATIVAS, 189**
- ALCALDÍAS**
Alcalde
Facultades, 226, 235
Reintegro, 223
- ANALOGÍA, 627**
- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN**
Competencias, 208
Facultades, 208
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**
Congreso, 122
Junta directiva, 120
- ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES, 239**
Competencias, 243, 379, 446, 514, 608, 628
Facultades, 640
- AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**
Gestión fiscal, 600
- AUTONOMÍA FISCAL**
Límites, 214
- AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**
Funciones jurisdiccionales, 278
- AUXILIOS, 552**
Prohibición, 554, 557, 558, 561, 563
- B**
- BANCO DE LA REPÚBLICA**
Citación de miembros, 320
Competencias, 444
Gestión fiscal, 616
Naturaleza, 444
- BIENES BALDÍOS**
Adjudicación, 546
Derechos de terceros, 546
- BIENES DE USO PÚBLICO, 523, 525, 527, 529, 543**
Humedales, 530
Plazas de mercado, 527
Protección, 525
Restitución, 529
- BIENES PÚBLICOS, 533**
Dominios de internet, 539

BIOTECNOLOGÍA

Regulación, 145

C

CADUCIDAD, 418

CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Control fiscal, 618

Naturaleza, 620

Recursos, 620

CAMPAÑAS ELECTORALES

Financiación, 359

CARGOS PÚBLICOS

Acceso a ciudadanos con doble
nacionalidad, 104

CARRERA ADMINISTRATIVA

Concurso público de méritos, 237, 375, 377,
378, 381

Fundamento, 384

Supresión de cargos, 371

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR, 407

CENSO, 178

Reserva estadística, 55

**CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD
PRESUPUESTAL, 53**

CIUDADANÍA

Nombre, 102

CÓDIGOS

Trámite legislativo, 334

COMISIÓN DE RELACIONES EXTERIORES

Actas

Reserva, 288

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS**

Recomendaciones, 129

**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,
373**

COMUNIDADES ÉTNICAS

Concepto, 87

Consulta previa, 86, 87

Derecho a la autodeterminación, 87

Derecho a la propiedad colectiva, 91

Inscripción de candidatos, 361

COMUNIDADES INDÍGENAS, 74, 76, 77, 80, 83

COMUNIDADES NEGRAS

Propiedad colectiva, 91

Registro de organizaciones, 89

CONCEJALES

Derecho a seguridad social, 448

CONCEJO DISTRITAL

Competencias, 233

CONCEJO MUNICIPAL

Funciones, 409

Quórum, 322, 325

CONCEJOS MUNICIPALES

Competencias, 235

CONCILIACIÓN, 493

**CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS, 237, 378,
381**

CONFLICTO ARMADO

Acuerdo de paz, 116

Desplazamiento forzado, 437

Expulsión de ciudadanos, 105

Indulto, 109

Reparación a víctimas, 40

Servidores públicos secuestrados, 452

Víctima de secuestro, 112

**CONFLICTO DE INTERESES CONGRESISTAS,
312, 314, 316**

Impedimento 124, 301

Conflicto de intereses, 124, 312, 314, 316

Concepto, 318

Incompatibilidades, 299, 300, 302

Inhabilidades, 306, 299

Libertad de expresión, 47

Pérdida de investidura, 310, 311

- Quórum, 316
- Renuncia, 327
- Vacancia
 - Definitiva, 327
 - Forma de suplirla, 327, 328
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA**
 - Comisiones, 320, 321, 323
 - Conflictos de competencia, 321
 - Quórum, 316, 322, 323, 325
 - Competencias, 299, 335
 - Funciones, 122
 - Moción de censura, 330
 - Proyecto de ley
 - Requisitos, 336
 - Trámite legislativo, 334
- CONMOCIÓN INTERIOR**
 - Expulsión de ciudadanos, 105
- CONSEJO DE ESTADO**
 - Facultades, 5
 - Función consultiva, 3, 5, 7, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32
- CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**, 341
 - Elección, 341
 - Funciones, 345
 - Inhabilidades de sus miembros, 342, 343
- CONSEJOS PROFESIONALES**
 - Naturaleza, 202
- CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA**, 154
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**
 - Congreso de la República
 - Funciones, 122
- CONSULTA POPULAR**
 - Improcedencia, 241, 242
 - Límites departamentales 241
- CONSULTA PREVIA**, 86
 - Derecho fundamental, 87
 - Indígenas, 74
- CONTRALOR**
 - Inhabilidad, 399
 - Incompatibilidades, 308
- CONTRALORES TERRITORIALES**
 - Elección, 603
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, 598
 - Gestión fiscal, 600, 614
- CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES**
 - Autonomía, 606
 - Control fiscal, 589, 610
 - Elección de contralor, 603
 - Presupuesto, 608
- CONTRALORÍAS MUNICIPALES**
 - Autonomía, 606
 - Estructura orgánica, 612
 - Facultades, 613
- CONTRATACIÓN DIRECTA**
 - Urgencia manifiesta, 487, 489
- CONTRATACIÓN ESTATAL**
 - Autorizaciones previas, 468, 499, 506
 - Cláusulas exorbitantes, 493,
 - Contratación directa, 487, 489, 491
 - Control fiscal, 348
 - Inhabilidades, 470, 471
 - Licitación, 477, 479, 480, 482, 483, 485
 - Modificación de contratos, 499, 500, 502
 - Multas, 493, 495, 497
 - Principios
 - De coordinación administrativa, 466
 - De planeación, 461
 - De publicidad, 464
 - De trasparencia, 464
 - Proponentes, 470, 476
 - Actos de corrupción, 471

- Prórroga de contratos, 506, 508
- Terminación unilateral, 510
- CONTRATOS DE CONCESIÓN**
 - Financiación, 361
 - Formalidades, 500
- CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA**, 510
- CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS**, 466, 520
- CONTRIBUCIONES ESPECIALES**
 - Naturaleza, 629
- CONTROL FISCAL**, 517, 589
 - Cajas de Compensación Familiar, 618, 620
 - Responsabilidad fiscal 592
 - Finalidad, 589
 - Universidades, 518
- CONTROL MIGRATORIO**
 - Competencia, 240
- CONVENIOS DE ASOCIACIÓN**, 559, 563,
- COOPERATIVAS**, 189, 513,
- CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES**
 - Régimen presupuestal, 625
- CORRESPONDENCIA**
 - Inviolabilidad, 42
- CORRUPCIÓN**, 471
- CURADOR URBANO**
 - Funciones, 279
 - Sujeto de control fiscal, 279
- D**
- DEBIDO PROCESO**, 59
 - En actuaciones administrativas, 59
- DECRETOS**
 - Clases
 - En desarrollo de leyes marco, 165
 - Especiales, 159
 - Extraordinarios, 163
 - Legislativos, 162
 - Reglamentarios, 164, 165, 167, 169, 170
- DEPARTAMENTOS**
 - Creación, 242
 - Límites, 241
- DERECHO A LA IGUALDAD**, 48
- DERECHO A LA INFORMACIÓN**, 53
- DERECHO A LA INTIMIDAD**, 55
 - Reserva estadística, 55
- DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN**, 59
- DERECHO A LA RECREACIÓN Y AL DEPORTE**, 157
- DERECHO A UN AMBIENTE SANO**, 145, 154
- DERECHO AL TRABAJO**, 50
 - Estabilidad laboral, 50
- DERECHO COMUNITARIO**
 - Concepto, 141
- DERECHO DE ASOCIACIÓN**, 57, 66
- DERECHO DE PETICIÓN**
 - Inexequibilidad. Efectos, 70
- DERECHOS FUNDAMENTALES**
 - Acción de tutela, 72
 - Protección, 72
- DERECHOS HUMANOS**, 30
 - Decisiones de organismos internacionales, 130
 - Derecho a la intimidad, 55
 - Libertad de expresión, 47
- DESPLAZAMIENTO FORZADO**
 - Protección de empleados públicos, 437
- DIPUTADOS**
 - Régimen salarial y prestacional, 239
- DISTRITOS ESPECIALES**
 - Segregación de territorios, 228
- DONACIONES**
 - Prohibición, 557, 558, 561, 563

E

ECOSISTEMAS DE PÁRAMO

Protección, 154

EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, 159

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Régimen contractual, 349

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMILIARIOS

Régimen presupuestal, 623

Régimen tributario, 622

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS, 127, 133, 155

Clases

Directas, 185, 198

Indirectas, 185, 193, 198,

Creación, 201

Empleados oficiales, 395

ENTIDADES ESTATALES

Prohibición de auxilios y donaciones, 557, 558 561, 563

ENTIDADES PÚBLICAS

Avalúo de inmuebles, 571

Clases, 199

Concepto, 204

Creación, 203

Criterios identificadores, 204

Delegación de funciones, 207

Enajenación de bienes, 536

Inmuebles rurales, 532

Principio de colaboración institucional, 283

Supresión, 194, 196

ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Clases, 66

Concepto, 66

ENTIDADES TERRITORIALES

Áreas metropolitanas, 244

Autonomía, 226

Autonomía fiscal, 214

Concejos municipales

Competencias, 379, 442, 514, 543, 573, 623

Departamentos, 240, 241, 242

Distritos especiales, 228

Facultades impositivas, 226

Participación en regalías, 77

Planes de desarrollo, 211

Poder de policía, 63, 525,

Región administrativa, 245

Resguardos indígenas, 5, 77

Vigilancia del tránsito, 215

EQUIDAD DE GÉNERO, 352

ESPACIO ELECTROMAGNÉTICO

Competencia, 60, 537

Explotación, 537

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

Uso, 537

ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Finalidad, 183

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

Improcedencia, 276

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 72

Concepto, 72

Naturaleza, 72

EXPROPIACIÓN, 567

Clases, 567

F

FEDERACIÓN NACIONAL DE MUNICIPIOS

Naturaleza, 231

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Régimen disciplinario, 420

FONDOS MUTUOS DE INVERSIÓN

Auxilios, 554

FUERZA PÚBLICA

Régimen disciplinario, 419

FUNCIÓN CONSULTIVA, 9, 12, 16, 17

Alcance, 9, 11

Límites, 14

FUNCIÓN CONSULTIVA, 3, 5, 7

Alcance, 10

Improcedencia, 20, 23, 24, 28, 29, 31, 32

Interpretación de la ley, 7

Naturaleza, 11

FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Impedimentos, 290

G

GOBERNADOR

Autorización para contratar, 243

GOBIERNO EXTRANJERO

Concepto, 137

GOBIERNO NACIONAL

Concepto, 10

Facultades, 159

Agotamiento, 159

Censo, 178

H

HUELGA, 253, 431

HUMEDALES

Bienes de uso público, 530

I

IGLESIAS

Personería jurídica, 46

INDÍGENAS

Acceso a la educación, 83

Comisiones de Asuntos Indígenas

Competencias, 76

Consulta de Planes de Ordenamiento
Territorial, 218

Consulta previa, 86, 87, 218

Gobernadores y cabildantes, 213

Jurisdicción especial, 76

Normatividad aplicable, 74

Participación en regalías, 77

Régimen jurídico especial, 80

Regulación de resguardos, 5

Resguardos, 74, 77, 80

Servicio de salud, 80

INDULTO

Concepto, 109

Naturaleza jurídica, 109

Procedencia, 109

Regulación, 109

INEXEQUIBILIDAD

Diferencias con la nulidad, 67

Efectos, 67, 69, 70

**INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y
CARCELARIO (INPEC)**

Naturaleza, 191

INTEGRACIÓN REGIONAL, 126

INTERÉS PÚBLICO

Dominios de internet, 539

INTERNET, 539

INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Actividad deportiva, 57, 251

Instrucción pública, 246

Salud, 248

Servicio público de transporte, 270

IPS INDÍGENAS, 80

J

JUNTA NACIONAL DE TELEVISIÓN

Miembros, 416

JUSTICIA TRANSICIONAL, 41

L

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES, 240, 242, 330

LEYES

Clases

Orgánica, 218, 219

Efectos, 220

LIBERTAD DE CULTOS, 34, 35

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, 37

LIBERTAD DE PRENSA, 44

LIBERTADES INDIVIDUALES

Protección, 30

LIBERTADES PÚBLICAS

Restricciones, 46

LICITACIÓN, 322

Declaratoria de desierta, 325

Excepciones, 326, 329

Igualdad de oportunidades, 322

Regla general, 320, 324, 326

Reserva de documentos, 323

M

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Monopolio, 45

MINISTROS

Moción de censura, 215

MOCIÓN DE CENSURA

Ministros, 215

MOVIMIENTOS POLÍTICOS, 230

Equidad de género, 228

Prohibiciones, 227

MUJER CASADA

Nombre, 69

MUNICIPIOS

Consulta popular, 152

Creación, 152

Requisitos, 150

Facultad impositiva, 153

Federación Nacional de Municipios, 155

Límites, 152

Regalías, 154

Representación judicial, 149

Ubicación de la residencia episcopal, 148

N

NACIONALIDAD, 66

Concepto, 71

Doble nacionalidad, 70

Otorgamiento, 73

Prueba, 74

Recuperación, 71

NORMAS DEROGADAS

Reviviscencia, 53

NOTARIOS

Categoría especial, 262

Inhabilidades, 197

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA, 184

Principio de equivalencia funcional, 184

P

PARLAMENTO ANDINO

Naturaleza, 100

Régimen jurídico, 100

PARQUE DE LA INDEPENDENCIA

Demolición, 352

PARTIDOS POLÍTICOS, 230

Equidad de género, 228

Expulsión, 234

Personería, 232

Prohibiciones, 227

PATRIMONIO CULTURAL

Inalienabilidad, 364

PENSIONES

Cuotas partes pensionales, 310

Regímenes especiales, 309

PERSONERO

- Concurso, 158
- Elección, 158, 256
- Funciones, 274
- Incompatibilidades, 199

PLAN DE DESARROLLO

- Nulidad, 144
- Suspensión, 144

PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL,
148, 156

PLURALISMO INFORMATIVO, 44

PODER DE POLICÍA

- Reglamentos
 - Clases, 47
 - Límites, 46
- Restitución de biens de uso público, 353

POLICÍA NACIONAL

- Potestad sancionadora, 182

POTESTAD REGLAMENTARIA, 116

- Límites, 116

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

- Designación de Ministro Delegatario, 230
 - Facultades, 82
 - Acuerdos de paz, 82
 - Nominación, 119
 - Nominación de Fiscal, 119
 - Reelección, 239
 - Conflictos de intereses, 204
 - Renuncia, 5, 120
 - Aceptación, 120
 - Restricciones por Ley de Garantías Electorales, 365
- PRESTACIONES SOCIALES**
- Creación, 446
- PRINCIPIO DE ANUALIDAD FISCAL, 631**
- PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, 40**

PRINCIPIOS

- Principio de buena fe, 35
 - Alcance, 35, 36
 - Concepto, 235
- Principio de colaboración institucional, 55, 283
- Principio de igualdad, 40, 73, 375
- Principio de legalidad, 293
- Principio de publicidad, 277
- Principio de solidaridad, 40, 255

PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ, 114

- Postulación, 114

PROCESO DISCIPLINARIO

- Reserva, 423

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

- Facultades sancionatorias, 418, 419

PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO

- Democratización, 574
- Enajenación, 572, 574, 576, 578, 580, 581, 584, 586

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, 144,
148, , 154

- Competencias de entidades territoriales, 249

PROYECTO DE LEY

- Requisitos, 85, 334, 631

Q

QUÓRUM

- Clases, 323

R

RECURSOS BIOLÓGICOS, 144

- Régimen jurídico, 144

RECURSOS GENÉTICOS, 144

- Propiedad, 151
- Protección, 145

RECURSOS PARAFISCALES

- Características, 634

REFERENDO, 118

REFORMA CONSTITUCIONAL, 118

Debates, 122

Referendo, 118

REGALÍAS

Municipios portuarios, 230

Naturaleza crediticia, 217

Participación de comunidades indígenas,
77

Participación de entidades territoriales, 216

Rendimientos, 217

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Fiscalía General de la Nación, 420

Fuerza pública, 419

RÉGIMEN PRESUPUESTAL

Corporaciones Autónomas Regionales, 625

Empresas de Servicios Públicos
Domiciliarios, 622, 623

REGIÓN ADMINISTRATIVA

Naturaleza, 245

REGISTRADORES

Inhabilidades, 343

**REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO
CIVIL**

Funciones, 345

Periodo del registrador, 411, 412

Registrador especial, 343

REGISTRO DE PROponentes

Cancelación de inscripción, 470

REGULACIÓN

Concepto, 170

RESERVA DE LEY

Restricción de libertades públicas, 63

RESERVA ESTADÍSTICA, 55

RESGUARDOS, 77

RESGUARDOS INDÍGENAS, 5

Concepto, 77

RESPONSABILIDAD FISCAL

Concepto, 592

Diferencias con acción de repetición, 593,
596

Sujetos, 594

S

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Funciones, 11

SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA

Control migratorio, 240

SANCIÓN DISCIPLINARIA

Caducidad, 418

SECUESTRO, 112, 452

SERVICIO MILITAR, 450, 453

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE, 270

Control, 270

SERVICIOS PÚBLICOS

Concepto, 253

Prestación, 255

Servicios públicos domiciliarios 257, 258,
259, 261

Cobro de servicios dejados de facturar,
257

Servicio de energía eléctrica, 261

Vigilancia, 262

SERVIDORES PÚBLICOS

Categorías, 392

Empleados públicos, 385

Trabajadores oficiales, 19, 384, 392, 398,
427

Concepto, 395

Convenciones colectivas, 434

Derecho de asociación sindical, 436

Edad de retiro forzoso, 401, 403,

Incompatibilidades, 140, 299, 300, 302, 306,
308, 399, 471,

Inhabilidades, 140, 299, 300, 304, 306, 342,
395, 399,

Nombramiento, 164, 388

Periodo
 Institucional, 412
 Personal, 416
Prohibiciones, 300, 311, 342, 363, 367, , 406,
 550
Protección laboral, 437
Régimen prestacional, 442
Remoción, 385
Responsabilidad fiscal, 592, 593, 596
Secuestrados, 452

SINDICATOS, 429, 440

 Actividades sindicales, 431
 Clases, 429
 Fuero sindical, 427
 Sujetos disciplinarios, 425
 Supresión de cargo, 112, 371, 427

SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO, 191

**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS
PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

 Facultades, 262, 272, 274

SUPRANACIONALIDAD, 126

 Concepto, 141
 Parlamento Andino, 139

SUSTITUCIÓN PATRONAL, 451

T

TÍTULOS HONORIS CAUSA, 383

TRÁMITE LEGISLATIVO, 334, 335

 Proyecto de ley
 Requisitos, 119

TRATADOS INTERNACIONALES

 Trámite, 136

TRIBUNALES DE ÉTICA

 Naturaleza, 202

TRIBUTOS

 Analogía 627
 Facultad impositiva 627

U

UNIVERSIDADES

 Autonomía, 518
 Financiación, 636
 Régimen contractual, 518

UNIVERSIDADES INDÍGENAS

 Reconocimiento, 83

UNIVERSIDADES PÚBLICAS, 636

V

VEEDURÍA

 Funciones, 422

VÍA GUBERNATIVA

 Recursos, 287

VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

 Incompatibilidades, 306
 Inhabilidades, 306
 Renuncia, 176
 Restricciones, 367

VÍCTIMAS

 Reparación, 40
 Supresión de cargo
 Indemnización, 112

VOTO EN BLANCO, 347

LISTADO DE CONSEJEROS DE ESTADO 1817-2017

NOMBRE	INICIO DE PERIODO	NOMBRE	INICIO DE PERIODO
A			
Abad Mesa, Elías	1936	Barco, Constantino	1926
Abadía Méndez, Miguel	1920	Barreto Ruiz, Joaquín	1989
Abella Zárate, Jaime	1986	Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando	2009
Abello Noguera, Osvaldo	1971	Benavides G., Gonzalo	1925
Abello Salcedo, Rafael	1924	Benavides Melo, Guillermo	1986
Aceró Pimentel, Enrique	1966	Benavides Patrón, Juan	1966
Acosta A., Guillermo	1951	Bermúdez Bermúdez, Lucy Jeannette	2013
Aguilar Vélez, Eduardo	1971	Bermúdez, José Francisco	1828
Aldana Duque, Hernán Guillermo	1986	Betancourt, Antonio José	1817
Alvarado Ardila, Víctor Hernando	2009	Betancur Cuartas, Jaime	1973
Alvarado Pantoja, Luis Antonio	1987	Betancur Jaramillo, Carlos	1977
Álvarez Jaramillo, Luis Fernando	2005	Betancur Rey, Miguel	1984
Amaya Navas, Óscar Darío	2016	Bonilla Gutiérrez, Ricardo	1961
Andrade Rincón, Hernán	2010	Bonivento, José Alejandro	1984
Anzola Escobar, Daniel	1950	Borrero, Eusebio	1841
Anzola Linares, Aydée	1978	Borrero, Vicente	1830
Anzola, Nicasio	1926	Briceño de Valencia, Martha Teresa	2008
Aponte Santos, Gustavo Eduardo	2003	Briceño Méndez, Pedro	1821
Arango Henao, Alfonso	1966	Brion, Luis	1817
Arango Mantilla, Alberto	1999	Buenahora, Manuel	1954
Arango Reyes, Samuel	1976	Buitrago de Valencia, Susana	2007
Aranzazu, Juan de Dios	1840	Buitrago Hurtado, Samuel	1977
Araújo Oñate, Rocío	2015	Bula Escobar, Germán Alberto	2013
Arboleda Perdomo, Enrique José	2004	Burbano, Sergio A.	1920
Arboleda Valencia, José Enrique	1955		
Arciniegas Andrade, Camilo	2000	C	
Arciniegas Baedeker, Reynaldo	1984	Caballero Sierra, Gaspar	1985
Arciniegas, Belisario	1968	Cáceres Corrales, Pablo	1990
Arenas Monsalve, Gerardo	2008	Cáceres Toro, Tarcisio	2000
Ariza Muñoz, Ernesto Rafael	1991	Caicedo, Domingo	1830
Arrieta Padilla, Carlos Gustavo	1990	Camacho Rodríguez, Nemesio	1966
Arrieta, Carlos Gustavo	1960	Camacho Roldán, Salvador	1840
Ayala Mantilla, Germán	1996	Campuzano M., Arturo	1919
Azuero, Vicente	1830	Canabal, Eusebio María	1833
		Cancino, Junio E.	1930
B		Cárdenas, Miguel Antonio	1977
Badel, Aníbal	1943	Carmona, Francisco	1831
Baralt, Luis Andrés	1828	Caro, Miguel Antonio	1886

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Carreño M., Gabriel	1943
Carrera, Arturo	1940
Carrillo Ballesteros, Jesús María	1996
Carvajal Basto, Stella Jeannette	2016
Casas, José Joaquín	1922
Castilla Saiz, Alfonso	1971
Castillo y Rada, José María	1821
Castro, Félix	1840
Castro, Ismael E.	1918
Caycedo y Flórez, Fernando	1828
Cepeda, Isaías	1936
Chahín Lizcano, Guillermo	1990
Charry, Arcadio	1926
Chavarro Buriticá, Reinaldo	1999
Chaves García, Milton	2017
Conde, Francisco	1817
Conto Díaz del Castillo, Stella	2010
Correa Palacio, Ruth Stella	2004
Correa Restrepo, Julio Enrique	1996
Correa, Ramón	1919
Corredor Rodríguez, Víctor	1985
Cortés, Félix	1929
Croatas Londoño C., Arturo	1966
Cuevas, Francisco Javier	1828

D

Dangond D., Manuel A.	1950
Dangond Flórez, Jorge	1978
Dávila Flórez, Manuel	1914
Dávila Hernández, Jorge	1971
De Greiff Restrepo, Gustavo	1990
De Guzmán, Diego Rafael	1905
De Icaza, Martín Santiago	1828
De Irisarri Restrepo, Antonio José	1986
De La Lombana de Magyaroff, Miren	1992
De la Torre, Alfonso Ángel	1979
De Márquez, José Ignacio	1830
De Sola R., Samuel	1966
Del Río, Juan García	1830
Díaz Bueno, Javier	1997
Domínguez Molina, Alejandro	1960

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

E

Escobar C., Antonio	1939
Escudero Castro, Silvio	1997
España, José	1817
Espinar, José	1828
Estevez, José María	1832
Estrada M., Jesús	1950

F

F., Andrés Augusto	1960
Fajardo Gómez, Mauricio	2006
Forero de Castro, Clara	1988
Franco V., Justo	1946

G

Gaitán Azuero, Gonzalo	1939
Galán R., Baudilio	1950
Galindo Pinilla, Carlos	1973
García González, María Elizabeth	2010
García Hernández, José María	1922
Gil Botero, Enrique de Jesús	2006
Giraldo Giraldo, William	2009
Giraldo Gómez, María Elena	1999
Giraldo López, Oswaldo	2017
Gnecco Laborde, José	1905
Gómez Aranguren, Gustavo Eduardo	2007
Gómez Leyva, Delio	1993
Gómez M., Hernando	1968
Gómez N., Pedro A.	1930
Gómez Parra, Pedro	1950
Gómez V., Pedro	1960
Gómez, Diego F.	1833
Gómez, Francisco Eladio	1960
Gómez, Román	1931
González Charry, Guillermo	1960
González López, Édgar	2016
González Rodríguez, Miguel	1988
Gori y Álvarez de Castro, José Joaquín	1840
Granados Motta, Esteban	1935
Gual, Pedro	1821
Guerrero de Escobar, Myriam	2007

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Gutiérrez M., Ricardo 1956
 Gutiérrez Moreno, Agustín 1831
 Gutiérrez Velásquez, Amado 1988

H

Henao Hidrón, Javier 1987
 Hernández, Pedro 1817
 Hernández Becerra, Augusto 2010
 Hernández Enríquez, Alier Eduardo 1999
 Hernández G., Luis 1927
 Hernández Gómez, William 2015
 Hernández Mora, Alberto 1966
 Hernández Pinzón, María Nohemí 2003
 Hernández R., Gustavo 1939
 Hernández Sáenz, Juan 1968
 Hernández, Guillermo 1945
 Holguín Holguín, Andrés 1967
 Holguín, Jorge 1914
 Hoyos Duque, Ricardo 1997
 Hoyos Salazar, César 1996

I

Ibarra Vélez, Sandra Lisset 2014

J

Jaramillo Mejía, Luis Eduardo 1992
 Jaramillo V., Lucrecio 1971
 Jiménez L., Manuel 1919
 Jiménez Ochoa, Filemón 2003

L

Lamus Girón, Jorge 1944
 Larrea, Modesto 1828
 Latorre Rueda, Mario 1972
 Lecompte Luna, Álvaro 1988
 Lecuna, Vicente 1817
 Lemos Bustamante, Jesús María 2000
 Lleras Pizarro, Miguel 1969
 Llorente, José A. 1915
 Londoño Cardona, Euclides 1988
 López Aldana, Francisco de Paula 1833

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

López Díaz, Ligia 2001
 López, José Hilario 1830
 López, Sr. 1831
 Low Mutra, Enrique 1979
 Lozano y Lozano, Carlos 1938

M

Malo, Antonio 1840
 Manrique Guzmán, Daniel 1998
 Marín, María Adriana 2017
 Marmolejo, José M. 1971
 Márquez, Próspero 1914
 Marriaga, Rafael 1955
 Marroquín, José Manuel 1899
 Martínez, Juan 1817
 Martínez Conn, Carmelo 1980
 Medina López, Roberto 1999
 Meluk, Alfonso 1960
 Méndez, Ildefonso 1953
 Méndez, Mario Alario 1996
 Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo 1999
 Mendoza Pérez, Francisco 1833
 Mesa, Luis A. 1899
 Miranda, Ramón 1937
 Monsalve, José Dolores 1905
 Montes de Echeverri, Susana 2002
 Montes Hernández, Juan de Dios 1991
 Montes, Rafael A. 1921
 Montilla, Tomás 1817
 Mora Osejo, Humberto 1971
 Moreno García, Jaime 2005
 Moreno Rubio, Carlos Enrique 2015
 Mosquera y Arboleda, Joaquín Mariano 1828
 Mosquera, Rafael 1832
 Muñoz, Adriano 1914
 Malo, Antonio 1840
 Manrique Guzmán, Daniel 1998
 Marmolejo, José M. 1971
 Márquez, Próspero 1914
 Marriaga, Rafael 1955
 Marroquín, José Manuel 1899
 Martínez, Juan 1817
 Martínez Conn, Carmelo 1980
 Medina López, Roberto 1999
 Meluk, Alfonso 1960

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Méndez, Ildelfonso	1953
Méndez, Mario Alario	1996
Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo	1999
Mendoza Pérez, Francisco	1833
Mesa, Luis A.	1899
Miranda, Ramón	1937
Monsalve, José Dolores	1905
Montes de Echeverri, Susana	2002
Montes Hernández, Juan de Dios	1991
Montes, Rafael A.	1921
Montilla, Tomás	1817
Mora Osejo, Humberto	1971
Moreno García, Jaime	2005
Moreno Rubio, Carlos Enrique	2015
Mosquera y Arboleda, Joaquín Mariano	1828
Mosquera, Rafael	1832
Muñoz, Adriano	1914

N

Namén Vargas, Álvaro	2013
Navarrete Barrero, Olga Inés	1999
Neira M., Guillermo	1946
Núñez, Ricardo	1886

O

Obando, José María	1831
Olaya Forero, Ana Margarita	1999
Olmedo, José Joaquín	1828
Orbegozo, Francisco de P.	1840
Ordóñez Maldonado, Alejandro	2000
Orejuela Gómez, Álvaro	1968
Orjuela Góngora, Carlos Arturo	1994
Ortega, José María	1828
Ortiz Amaya, Bernardo	1974
Ortiz Barbosa, María Inés	2001
Ortiz de Rodríguez, Carmen Teresa	2010
Osorio Isaza, Luis Camilo	1995
Osorio, Alejandro	1828
Ospina, Pedro Nel	1918
Ossa, José María	1817
Ostau de Lafont Pianetta, Rafael Enrique	2003

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

P

Pájaro Peñaranda, Nicolás	1997
Palacio Hincapié, Juan Ángel	2000
Palomino Cortés, César	2016
Pardo, Manuel	1831
Paredes Tamayo, Jaime	1978
París, Joaquín	1830
Payán, Eliseo	1886
Pazos Guerrero, Ramiro de Jesús	2013
Pedraza de Arenas, Dolly	1990
Penen Deltieure, Jorge	1988
Peñalver, Fernando	1817
Peñaranda A., Guillermo	1937
Peraza, Luis	1817
Perdomo Cuéter, Carmelo	2015
Pereira, José Francisco	1840
Pérez Escobar, Jacobo	1979
Pérez Velasco, Mario Enrique	1978
Pérez Vives, Álvaro	1976
Pérez y Soto, Juan B.	1899
Pérez, Víctor M.	1931
Perilla V., Jesús	1914
Pey, José Miguel	1830
Pineda de C., Álvaro	1950
Pinzón, Próspero	1893
Piñeros y P., Eduardo	1950
Piñeros, Marco	1978
Piza Rodríguez, Julio Roberto	2017
Polo Figueroa, Juan Alberto	1996
Porras, Demetrio	1886
Porras, José Ángel	1899
Portocarrero Mutis, Carlos	1965
Prieto, Antonio José	1950
Pumar, Miguel	1828
Pumarejo, Alberto	1936

Q

Quijano, Arturo	1917
Quijano, Manuel María	1831
Quintero Calderón, Guillermo	1899
Quiñones Pinilla, Darío	1999
Quiñones, Pedro Martín	1930

NOMBRE	INICIO DE PERIODO	NOMBRE	INICIO DE PERIODO
R			
Ramírez de Páez, Bertha Lucía	2006	Sanz Tobón, Martha Sofía	2006
Ramírez Ramírez, Jorge Octavio	2013	Sarría Olcos, Consuelo	1987
Rebollo, Manuel Benito	1832	Sedeño, Manuel	1817
Restrepo Briceño, Fernando	1924	Segovia, Lacides	1917
Restrepo Piedrahita, Carlos	1975	Sepúlveda Mejía, Diógenes	1939
Restrepo, Carlos Aníbal	1977	Serrato Valdés, Roberto Augusto	2015
Restrepo, Félix	1821	Soto Montes de Oca, Francisco	1831
Restrepo, José Manuel	1821	Sotomayor, Juan Fernández	1830
Restrepo, Juan Pablo	1886	Soublette, Carlos	1828
Revenge, José Rafael	1828	Suárez Franco, Roberto	1981
Reyes Posada, Ignacio	1978	Suárez Hernández, Daniel	1991
Rico, Luis Carlos	1886	Suárez Vargas, Rafael Francisco	2016
Rieux, Sr.	1830	Suescún Monroy, Eduardo	1980
Rivadeneira, Carlos	1939		
Rodríguez Arce, Flavio Augusto	1999	T	
Rodríguez M., Mario	1974	Tafur Herrán, Rafael	1971
Rodríguez Navas, Jaime Enrique	2016	Talavera, Mariano	1828
Rodríguez Rodríguez, Libardo	1990	Tanco Armero, Nicolás M.	1828
Rodríguez Rodríguez, Simón	1984	Tapias P., Arturo	1966
Rodríguez S., Gonzalo	1956	Tascón, Tulio Enrique	1938
Rodríguez Villamizar, Germán	1998	Tejada, Clodomiro	1886
Rodríguez, Gustavo Humberto	1981	Tirado Macías, Ricardo	1936
Rodríguez, Pedro Alejo	1929	Torres Cuervo, Mauricio	2007
Rojas Arbeláez, Gabriel	1960	Torres Niño, Nicolás	1938
Rojas Betancourth, Danilo	2010	Torres, Jerónimo	1828
Rojas Lasso, María Claudia	2008	Tovar, Bernardino	1833
Rojas Serrano, Yesid	1992	Trejos Jaramillo, Augusto	1997
Romero Díaz, Héctor	2004	Tribín, Adriano	1905
Romero, Elías	1919	Trujillo Arroyo, Juan C.	1905
Rosales, Luis Felipe	1914		
Rosales, Ramón	1920	U	
Rueda Briceño, Rafael	1954	Urbano Múnera, José	1950
		Urdaneta, Rafael	1828
S		Uribe Acosta, Julio César	1984
Saavedra Becerra, Ramiro	2003	Uribe Escobar, Ricardo	1945
Sáchica Aponte, Luis Carlos	1969	Uribe Holguín, Ricardo	1976
Salazar Tapiero, Gustavo	1968	Uribe Restrepo, Miguel	1832
Samper Madrid, Francisco	1937	Urueta Ayola, Manuel Santiago	1996
Sánchez Luque, Guillermo	2015		
Sánchez Sánchez, Hernando	2017	V	
Santamaría, Raimundo	1831	Valbuena Hernández, Gabriel	2015
Santander, Francisco de Paula	1821	Valbuena, Gustavo A.	1946
Santofimio Gamboa, Jaime Orlando	2010		

NOMBRE	INICIO DE PERIODO
Valdiviezo, J. Felis	1828
Valencia Arango, Horacio	1930
Valencia Arango, Jorge	1976
Valencia, Joaquín	1886
Valencia, Miguel Antonio	1840
Vallarino, José	1832
Valle de de la Hoz, Olga Mélida	2010
Valverde R., José A.	1925
Vanin Tello, Joaquín	1982
Vargas Ayala, Guillermo	2012
Vargas Rincón, Alfonso	2007
Vargas T., José A.	1926
Velasco Álvarez, Jorge	1960
Velásquez Rico, Marta Nubia	2015
Velásquez, Jorge A.	1961
Vélez Barrientos, Alejandro	1831
Vélez, Bonifacio	1914
Vélez, Jorge	1920
Velilla Moreno, Marco Antonio	2006

NOMBRE	INICIO DE PERIODO
Vergara Quintero, Luis Rafael	2008
Vergara y Sanz de Santamaría, Estanislao	1828
Viana Patiño, Miguel	1993
Vieira Puerta, Rodrigo	1990
Y	
Yepes Barreiro, Alberto	2011
Younes Moreno, Diego	1990
Z	
Zambrano Barrera, Carlos Alberto	2011
Zambrano Cetina, William	2007
Zea, Francisco Antonio	1817
Zerda, Sixto A.	1918
Zuleta Ángel, Alberto	1967



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprensa.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia

DECRETO DE CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO
30 DE OCTUBRE DE 1817

Considerando que es imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y los votos más ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la República, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes, reglamentos e instituciones saludables, que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las Provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una Asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente:

Artículo 1º - Tendrá el jefe Supremo de la República un Consejo provisional de Estado, que residirá por ahora en la capital de la Provincia de Guayana y será compuesto del Almirante, del jefe de Estado Mayor General, del Comisario General del Ejército, del Presidente y Ministros de la Alta Corte de Justicia, del Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, de los Secretarios del Despacho y de los empleados siguientes de esta Provincia mientras residan en su capital, a saber: el Gobernador Comandante general, los Generales y Coroneles que estén en actual servicio en esta ciudad, el Intendente, los Ministros, Contador y Tesorero, y el Gobernador político.

Artículo 2º - El Consejo se dividirá en tres secciones: Primera, Estado y Hacienda; segunda, Marina y Guerra; tercera, Interior y Justicia.

(...)

Dado, firmado de mi mano, sellado con el sello provisional de la República y refrendado por el Secretario del Despacho, etc.

Simón Bolívar
Cuartel General de Angostura, octubre 30 de 1817



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



ISBN: 978-958-8857-92-3



9 789588 857923