



100 años de historia

# CONCEPTOS

EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL CONSEJO DE ESTADO









# CONCEPTOS

---

EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL CONSEJO DE ESTADO

# CONCEPTOS

EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL CONSEJO DE ESTADO



## REPÚBLICA DE COLOMBIA

### CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

#### CONSEJO DE ESTADO

##### *Sala de Gobierno*

**Jorge Octavio Ramírez Ramírez**

Presidente

**Germán Albero Bula Escobar**

Vicepresidente

**Roberto Serrato Valdés**

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

**Carmelo Perdomo Cuéter**

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

**Jaime Orlando Santofimio Gamboa**

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

**Hugo Fernando Bastidas Bárcenas**

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

**Carlos Enrique Moreno Rubio**

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

**Edgar Gonzalez Lopez**

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

#### CONSEJO DE ESTADO

##### *Sala de Consulta y Servicio Civil*

**Edgar González López**

Presidente

**Alvaro Namén Vargas**

Consejero de Estado

**Germán Alberto Bula Escobar**

Consejero de Estado

**Oscar Darío Amaya Navas**

Consejero de Estado

#### Editor de la obra

Augusto Hernández Becerra

#### Equipo de investigación

Natalia Beltrán Fuentes

Ana María Buelvas De La Espriella

John Fischer Muñoz

María Angélica Pulido Barreto

Reina Carolina Solórzano Hernández

Lady Tatiana Ortíz

#### Diseño e Impresión

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Bogotá, Colombia

Publicación realizada con el apoyo de la Sala Administrativa  
del Consejo Superior de la Judicatura



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



# CONCEPTOS

---

EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL CONSEJO DE ESTADO



CONSEJO DE ESTADO  
Sala de Consulta y Servicio Civil

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	15
<b>I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SERVICIO CIVIL.....</b>	<b>21</b>
Acciones de nulidad y de inexequibilidad.....	
Legitimación activa.....	21
Actos administrativos. Pérdida de fuerza ejecutoria .....	24
Administración pública. Concepto .....	26
Autonomía universitaria. Alcances.....	30
Autonomía universitaria. Regulación del régimen de su personal administrativo.....	32
Autoridades. Solo les es permitido lo que autoriza la ley.....	35
Autoridades administrativas de transporte. Facultad sancionatoria.....	36
Autoridades territoriales. Competencia para fijar la escala de remuneración.....	37
Banco de la República. Intervención del Estado en la extracción de oro.....	38
Banda Nacional de Músicos. Naturaleza jurídica.....	40
Corporaciones Autónomas Regionales. Régimen .....	42
Corporaciones Autónomas Regionales. Representación de las comunidades negras. ....	44
Curaduría Urbana. Naturaleza jurídica .....	46
Delegación de funciones.....	47
Empresas de servicios públicos.....	50
Empresas de servicios públicos. Obligación de pagar cuota de auditaje.....	52
Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza.....	55
Entidades descentralizadas. Creación .....	59
Entidades descentralizadas. Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.....	61
Entidades descentralizadas. Vacíos legislativos .....	63
Entidades descentralizadas del orden distrital. Fijación de escalas de remuneración.....	67

Entidades públicas. Diferencia entre relación de subordinación y relación interorgánica.....	69
Facultad sancionatoria. Caducidad.....	70
Funciones presidenciales. Delegación.....	72
Humedales. Régimen jurídico.....	77
Infraestructura aeronáutica. Naturaleza jurídica de sus bienes.....	79
Infraestructura ferroviaria. Naturaleza jurídica de sus bienes y del corredor férreo.	83
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. Naturaleza y funciones.	90
Inravisión. Supresión.....	93
IPS indígenas. Naturaleza jurídica.....	96
IPS Indígenas. Forman parte del sistema general de seguridad social.....	98
Junta Central de Contadores. Modificación de naturaleza y régimen jurídico	101
Jurisdicción coactiva. Evolución normativa.....	103
Jurisdicción coactiva. Naturaleza.....	108
Ley 1437 de 2011. Régimen de transición y vigencia.....	110
Licencias urbanísticas. Revocatoria.....	111
Loterías. Concepto.....	113
Loterías. Monopolio rentístico.....	114
Política de fomento del Estado. Subsidios a las comunidades negras.....	117
Potestad reglamentaria. Alcances.....	118
Potestad reglamentaria. Exceso.....	120
Prescripción de la acción contravencional.....	121
Protección del medio ambiente. Prevalencia del interés general sobre el particular	123
Recursos naturales. Recursos no renovables.....	127
Recursos naturales. Permisos para captación de recursos hídricos.....	132
Reserva de documentos. Documentos del D.A.S.....	134
Seguridad aérea.....	135
Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Naturaleza jurídica.....	137
Sociedades públicas y asociaciones entre entidades públicas. Diferencias.....	139
Superintendencias. Funciones jurisdiccionales.....	143
Superintendencia de Industria y Comercio. Atribuciones.....	144
Superintendencia de Industria y Comercio. Investigaciones a entidades financieras	147
Superintendencia de Servicios Públicos. Competencias sancionatorias.....	149

Superintendencia de Sociedades. Funciones jurisdiccionales.....	152
Veedor. Exceso en el ejercicio de las funciones. ....	153
<b>II. ASUNTOS ELECTORALES.....</b>	<b>155</b>
Circunscripciones especiales de minorías étnicas.	
Alcance del inciso 2o. del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.....	155
Concejales. Asistencia de los suplentes a las sesiones.....	157
Concejales. Derecho al pago de honorarios.....	158
Concejales. Reemplazo temporal.....	159
Doble asignación del tesoro público. Prohibición.....	161
Inhabilidad. Concepto de autoridad. ....	163
Participación política. Ley de Garantías Electorales.....	168
Periodos preelectorales. Restricciones y prohibiciones.....	172
Pérdida de investidura. Causal de conflicto de intereses.....	174
Secuestro. Vacancia temporal del funcionario.....	178
Terna. Composición.....	180
<b>III. RAMA LEGISLATIVA.....</b>	<b>183</b>
Congreso de la República. Tramite de reformas constitucionales en sesiones extraordinarias.....	183
Principio de unidad en materia legislativa .....	184
<b>IV. CONTRATACIÓN ESTATAL.....</b>	<b>189</b>
Adjudicación. Revocatoria.....	189
Adjudicación. Pluralidad de proponentes para garantizar la legalidad.....	190
Agentes estatales. Responsabilidad y clases de culpa.....	202
Anticipo y pago anticipado. Diferencias.....	204
Anticipo en convenios interadministrativos.....	205
Autonomía contractual de la administración. Límites. ....	206
Caducidad del contrato estatal.....	208
Caducidad del contrato. Cláusula compromisoria .....	210
Caducidad del contrato. Límites temporales a la facultad de la administración de declararla.....	211

Cláusula penal en contratos estatales.....	213
Consortio. Concepto.....	216
Consortio. Naturaleza jurídica y objeto del consorcio.....	216
Contrato. Condiciones para que tenga carácter administrativo.....	219
Contrato. Modificación por mutuo acuerdo.....	222
Contrato. Modificación y procedimiento para ello.....	224
Contrato adicional y adición de contratos.....	230
Contrato estatal. Elementos configurativos.....	232
Contrato estatal. Imposición de multas.....	234
Contrato de aportes.....	235
Contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión. Diferencias.....	236
Contrato de administración delegada. Responsabilidad de las partes.....	238
Contrato de aseguramiento del régimen subsidiado de seguridad social en salud.....	239
Contrato de concesión minera. Regulación legal de la reversión.....	241
Contratos de exploración, explotación y comercialización de recursos naturales.....	243
Contrato de fiducia pública.....	246
Contrato de mandato.....	247
Contrato de obra pública por administración delegada. Elementos del precio.....	249
Contrato estatal. Alcance de la expresión “defensa y seguridad nacional”.....	253
Contratos celebrados por sector asegurador de carácter estatal. Jurisdicción competente.....	255
Contratos celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado. Régimen jurídico aplicable.....	257
Contratos celebrados por cuerpos especializados de policía urbana de tránsito.....	261
Convenios interadministrativos. Principio de cooperación entre entidades públicas.....	262
Convenios interadministrativos y empréstitos externos.....	264
Empresas industriales y comerciales del Estado. Régimen contractual especial.....	266
Inconstitucionalidad. Norma inicialmente calificada de inconstitucional por la Sala de Consulta.....	268
Inexequibilidad. Efectos de su declaratoria.....	269
Inhabilidad para contratar con el Estado. Interés propio o parentesco.....	272

Juegos de suerte y azar. Monopolio rentístico.....	277
Intereses moratorios. Su pacto en contratos estatales.....	278
Interventoría. Concepto.....	280
Licitación.....	281
Licitación. Pliego de condiciones.....	282
Licitación. Rol determinante del pliego de condiciones.....	283
Licitación. Tercer canal de televisión.....	284
Licitación. Prohibición de discrecionalidad.....	285
Licitación. Su omisión es insubsanable.....	286
Oferta. Garantía de seriedad. Responsabilidad del oferente y del asegurador	288
Pacto arbitral. Naturaleza.....	292
Pliego de condiciones. Subsanabilidad.....	293
Precio "a valor global" del contrato.....	296
Procesos ejecutivos. Beneficiario de una sentencia judicial no está obligado a entregar la primera copia que presta mérito ejecutivo para su cumplimiento	297
Servicio de correos.....	298
Sociedades de economía mixta. Contratación con las mismas.....	302
Teoría de la imprevisión.....	304
Terminación unilateral del contrato. Facultad de la Administración.....	306
<b>V. FUNCIÓN PÚBLICA Y REGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL</b>	<b>311</b>
Agentes consulares. Régimen.....	311
Agentes consulares. Régimen y equivalencias.....	312
Asignación de retiro y pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez. Compatibilidad.....	313
Cargos de carrera. Supresión en contextos de reestructuración.....	314
Cargos de carrera. Régimen especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil	315
Despido colectivo. Vencimiento del término social pactado.....	316
Docentes de universidades estatales. Regulación del régimen salarial y prestacional.....	317
Empleados públicos. Nombramiento.....	318
Empleados públicos. Sistema salarial y prestacional antes de la Constitución de 1991.....	319

Empleados públicos de entidades descentralizadas del Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional .....	320
Empleados públicos del orden territorial. Competencia para fijar el régimen salarial.....	322
Empleados públicos y trabajadores oficiales. Régimen de transición aplicable.	324
Experiencia profesional. Elementos y cómputo .....	326
Ley 91 de 1989. Efectos en el pago de las prestaciones sociales del magisterio	327
Personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Régimen pensional.....	330
Oficiales de las Fuerzas Militares designados Magistrado del Tribunal Superior Militar. Régimen pensional aplicable.....	333
Prima técnica. Causación del derecho.....	335
Prima técnica. Personal altamente calificado.....	337
Remuneración. Concepto .....	338
Salario. Concepto .....	339
Sentencias condenatorias en materia laboral. Clases de condenas.....	340
Empleados públicos. Deber de permanencia establecido en la Ley 734 de 2002	342
Sindicatos. Inscripción sin el mínimo de miembros requerido. ....	343
<b>VI. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS.....</b>	<b>347</b>
Agencia Nacional de Hidrocarburos. Inclusión de las regalías en su presupuesto.	347
Aportes a la ESAP. Naturaleza parafiscal .....	349
Aportes al SENA y al ICBF. Naturaleza parafiscal.....	350
Bienes baldíos. Propiedad de los mismos.....	353
Bienes baldíos reservados. Las Islas del Rosario no son adjudicables.....	356
Bienes del Estado. Uso y explotación del espectro electromagnético.....	358
Bienes del Estado. Concepto.....	360
Bienes del Estado y bienes públicos.....	365
Bienes de uso público. Dominio de las carreteras.....	367
Bienes de uso público y la capitania general de puertos.....	369
Bienes de uso público. Rondas hidráulicas.....	371
Bienes fiscales. Procedimiento para su recuperación.....	373

Cajas de compensación familiar. Aplicación del Plan General de Contabilidad Pública.....	375
Certificados de Desarrollo Turístico. Otorgamiento.....	376
Certificados de Desarrollo Turístico. Incentivos tributarios.....	380
Control fiscal.....	381
Enajenación de la propiedad accionaria del Estado. Intervención de la Defensoría del Pueblo.....	383
Impuesto a las Ventas de IVA. Régimen especial.....	384
Impuesto de juegos permitidos. Destinación.....	385
Derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas.....	386
Monopolio rentístico. Explotación y administración.....	387
Minas y yacimientos.....	390
Presupuesto. Vigencias futuras ordinarias.....	392
Responsabilidad fiscal.....	393
Responsabilidad fiscal. Grados de culpa.....	399
Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios	400
Tasas retributivas. Marco regulatorio por utilización de agua.....	402
<b>VII. ENTIDADES TERRITORIALES.....</b>	<b>405</b>
Asambleas departamentales. Falta de competencia para la creación de prestaciones sociales.....	405
Bogotá. Plan de ordenamiento territorial.....	406
Bogotá. Régimen especial del Distrito Capital.....	408
Concejos municipales. Función de autorización y reglamentación.....	409
Concejo Distrital de Bogotá. Alcances y límites de la función de expedir el Código de Policía.....	411
Fondo Cuenta “Fondo para la Reconversión Ambiental Industrial”. Competencia para crearlo en el Distrito Capital.....	413
Juntas administradoras locales. Competencia para su regulación.....	414
Municipios. Actividad contractual.....	415
Municipios. Facultades del alcalde en materia contractual.....	417
Municipios. Separación de territorios de un municipio para la creación de otro nuevo.....	419

<b>VIII. ACCIÓN DE TUTELA.....</b>	<b>421</b>
Derecho de Petición. Reviviscencia de normas derogadas .....	421
Derechos fundamentales. Limitaciones.....	423
Derecho de petición. Empresas de servicios públicos domiciliarios. ....	426
Iglesias y congregaciones. Personería jurídica.....	428
Responsabilidad fiscal.....	430
<b>IX. OTROS.....</b>	<b>433</b>
Informe administrativo por lesiones. Naturaleza jurídica.....	433
Informe administrativo por muerte. Naturaleza jurídica.....	434
Inmovilización de vehículos. Finalidad de la sanción .....	436
Irretroactividad de la ley.....	437
Iniciativa privada. Concepto.....	437
Laicidad del Estado.....	439
Licencia ambiental. Manejo de organismos vivos modificados .....	440
Niños, niñas y adolescentes. Protección de sus derechos.....	441
Practicaje marítimo. Naturaleza de la actividad.....	444



## PRESENTACIÓN

# L

La función consultiva ha estado íntimamente ligada a la historia y al desarrollo institucional del Consejo de Estado. Mediante Decreto expedido por Simón Bolívar en Angostura el 30 de octubre de 1817 se creó un Consejo Provisional de Estado que tendría como función proponer, discutir y acordar las *“providencias importantes, leyes, reglamentos o instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten”*.

Diferentes constituciones y normas posteriores reconocieron también la función consultiva del Consejo de Estado. Entre ellas se destacan el Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828, la Constitución de la República de Colombia de 1830, la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, la Constitución de 1886, el Acto reformativo de la Constitución del 10 de septiembre de 1914, la Ley 60 del mismo año, el Acto Legislativo 1 de 1945 y la Ley 19 de 1958.

Actualmente, la función del Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno se encuentra establecida en la Constitución Política de 1991 (artículo 237) y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, artículos 109 y 112). La Sala encargada de ejercer esta función es la

de Consulta y Servicio Civil, la cual, además de cumplir una función de consulta *stricto sensu*, desempeña la función consultiva general.

En virtud de la primera emite conceptos jurídicos no vinculantes, cuya finalidad es facilitar a la autoridad pública resolver sobre el asunto consultado. Por su parte, la segunda tiene como objetivo preparar y revisar proyectos de normas, así como redactar compilaciones normativas.

Es importante destacar que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como se indicó en alguna ocasión al hacer referencia a las opiniones consultivas del Consejo de Estado español, no deben ser aceptados por fuerza de ley, sino por el peso de su razón. La función consultiva no actúa sobre la base de la *potestas*, sino de la *auctoritas*.

La función consultiva desarrolla el deber de colaboración armónica que debe existir entre los distintos órganos del Estado, necesario para el adecuado ejercicio de las funciones públicas y la realización de los fines estatales. Asimismo, promueve la uniformidad y certeza en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, incentiva la seguridad jurídica tanto de los ciudadanos como de la administración y contribuye a precaver la ocurrencia de conflictos o controversias entre estos.

Igualmente, los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil constituyen una herramienta útil para el juez en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Lo anterior, teniendo en cuenta que a pesar de que por mandato legal los dictámenes proferidos por la Sala no son obligatorios o vinculantes, estos se caracterizan por su objetividad, independencia y el estricto apego a criterios de constitucionalidad y de legalidad, es decir, responden a un análisis jurídico y no a relaciones de subordinación o intereses particulares.

Dentro de este marco, la presente obra tiene como propósito identificar y compilar las temáticas y decisiones proferidas por diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en las que se han tomado en consideración los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La obra se encuentra dividida en 9 capítulos. El primero, referido a la Administración Pública y el servicio civil. Dentro de este acápite, el lector hallará sentencias relativas a los actos administrativos, las autoridades administrativas, la delegación de funciones, la facultad sancionatoria, las empresas de servicios públicos, las entidades descentralizadas, la jurisdicción coactiva, la potestad reglamentaria y la reserva de los documentos públicos, entre otros asuntos.

El segundo capítulo de la obra tiene como objeto los asuntos electorales y, en consecuencia, contiene decisiones relacionadas con las circunscripciones especiales, el régimen de los concejales, las inhabilidades, la participación política, los periodos preelectorales, la pérdida de investidura y la composición de ternas.

La Rama Legislativa es la temática abordada en el tercer capítulo, en el cual se encuentran providencias sobre el principio de unidad en materia legislativa y el trámite de reformas constitucionales durante las sesiones extraordinarias del Congreso de la República.

El cuarto capítulo alude a la contratación estatal. Reúne decisiones sobre la adjudicación, el anticipo, la autonomía contractual de la administración, la caducidad, la cláusula penal, los consorcios, los convenios interadministrativos, la interventoría, la licitación, la oferta, el pacto arbitral, el pliego de condiciones, la teoría de la imprevisión y la terminación unilateral.

En el capítulo quinto se incluyen sentencias sobre la función pública y el régimen prestacional y de seguridad social. Se abordan aquí asuntos relacionados con la asignación de retiro, las pensiones militares, los cargos de carrera, el despido colectivo, los docentes de universidades estatales, los empleados públicos y los sindicatos.

El capítulo sexto tiene como objeto la Hacienda Pública, los bienes del Estado y los tributos, para lo cual se incluyen decisiones sobre bienes baldíos, del Estado, fiscales y de uso público, el control y la responsabilidad fiscal, la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, los monopolios rentísticos, el presupuesto y el sistema general de participaciones de los departamentos.

El acápite séptimo se refiere a las entidades territoriales; se tratan asuntos relacionados con las asambleas departamentales, los concejos municipales, las juntas administradoras locales y los municipios.

Finalmente, los capítulos octavo y noveno se concentran en la acción de tutela, y en otros asuntos diversos, respectivamente. Así, se encuentran providencias sobre la irretroactividad de la ley, la laicidad del Estado, las licencias ambientales y la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Como se observa, la función consultiva que adelanta la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no solo se despliega sobre un amplio y variado número de materias, sino que además impacta y contribuye de manera positiva al ejercicio de la actividad judicial y de la administración pública.

Cabe señalar que esta obra se complementa con otra que se publica simultáneamente a partir de los conceptos de la Sala de Consulta que han sido considerados por la Corte Constitucional en sus sentencias, por manera que se constata con ambas publicaciones la importante labor que aquella cumple en la formación de los precedentes judiciales del país.

La Sala agradece al doctor Augusto Hernández Becerra -Exconsejero de Estado-, por su dedicación y por la acertada dirección de esta obra. De igual forma expresa sus agradecimientos al grupo de funcionarios que colaboraron en su realización.

Esperamos, pues, que este libro ponga en evidencia la importancia de la labor conjunta del Consejo de Estado, en el ejercicio de sus dos funciones, consultiva y jurisdiccional, en procura de la efectividad de los derechos y libertades de las personas reconocidos en la Constitución Política, la sujeción de las autoridades al Estado Social de Derecho, y la protección del ordenamiento jurídico.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ  
Presidente

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS  
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR  
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS  
Consejero de Estado





# I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SERVICIO CIVIL

## *Acciones de nulidad y de inexequibilidad. Legitimación activa.*



### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo  
Fecha: 01/12/1959  
Radicado: CE-SCA-EXP1959-N511  
Ponente: Andrés Augusto Fernández M



### **Concepto citado**

Sala de Negocios Generales  
Fecha: 20/08/1959  
Ponente: Guillermo González Charry

La tradición colombiana en relación con el ejercicio de las acciones de inexequibilidad y de anulación, es perfectamente clara: Desde 1910 y 1913, respectivamente, ambas pueden utilizarse por cualquier ciudadano, según rezan los textos constitucionales y legales. Pero la doctrina y la jurisprudencia fueron más allá y se pronunciaron en el sentido de que ellas podían ejercitarse por todas las personas naturales y jurídicas, sin limitación de ninguna índole. Este principio lo recogió la Ley 167 de 1941, al estatuir en sus artículos 66 y 83 que el contencioso popular de anulación puede ponerse en movimiento a solicitud de cualquier persona y en todo tiempo.

Estos preceptos excluyen la idea de “interés particular lesionado”. Ellos se han estructurado sobre el principio general de que la defensa del orden jurídico conviene a todas las personas y que no es necesario que a éstas las mueva fines estrictamente patrimoniales. La legalidad objetiva está igualmente comprometida cuando una ley infringe la Constitución que cuando la administración pública no ajusta sus actos al orden jurídico. El sometimiento de las reglas inferiores y de las decisiones administrativas a la normación superior, está protegido por acciones que se otorgan a todas las personas naturales y jurídicas, porque en todas ellas se presupone un anhelo altruista de defender la Constitución y las leyes. Esas acciones son la resultante de

un derecho perfecto y no de un simple interés. Derecho e interés no son términos sinónimos. Todo derecho implica un interés, pero no todo interés implica un derecho. Fue Ihering quien definió el derecho como “un interés tutelado por la ley”, definición que complementó Jellinek agregándole otro elemento: el de la voluntariedad del sujeto hacia la protección jurídica. Esa concepción utilitaria y realista de la doctrina alemana permite establecer los diferentes grados de valoración jurídica que dan paso a los contenciosos: Si ese interés jurídicamente protegido tiene las características de interés personal, material, patrimonializado, es decir, si es un típico derecho subjetivo, habrá oportunidad legal al ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en tanto que si es un interés altruista, si cabe la paradoja, genérico y abstracto de conservar el imperio de la legalidad objetiva, la acción procedente será la del contencioso de anulación.

Se ha dicho que la medida de las acciones la da el interés. Pero la noción de interés que hace adaptable esta proposición al campo del derecho privado, no se ajusta exactamente a las modalidades del derecho público colombiano en cuanto se refiere a la defensa del orden jurídico abstracto y a las acciones que se otorgan para tutelarlos por esa razón, los fundamentos de los dos contenciosos no se pueden estructurar solamente sobre el concepto de interés, sino sobre algo más firme: El concepto de derecho. La posición del sujeto con relación al derecho quebrantado por la decisión administrativa es la medida de la acción. Entre el derecho objetivo y la persona se presupone la existencia de una relación no individualizada, por cuanto la legalidad en sí misma es general y abstracta. Pero esa relación inmaterial engendra un cierto grado de interés colectivo en su conservación que, al romperse mediante un ordenamiento administrativo, da a cada persona una posición y le otorga los instrumentos jurídicos necesarios para defenderla. Si el sujeto activo de la acción la ejercita para mantener incólume ese orden jurídico, será admisible el contencioso popular de anulación. Pero si lo que busca es proteger un derecho subjetivo y patrimonial, será viable la acción de plena jurisdicción. Es este el camino a seguir siempre que se persiga el restablecimiento pecuniario de un derecho civil o administrativo ofendido por el acto ilegal.

En importante sentencia de 20 de agosto de 1959, dictada por la Sala de Negocios Generales y con ponencia del H. Consejero doctor Guillermo González Charry, se inicia la inconformidad contra algunos aspectos de las doctrinas glosadas. En ese fallo se dijo:

“Sin embargo, el problema que se estudia no queda resuelto con admitir que la Administración puede ejercitar, dentro de los límites legales, la acción de plena jurisdicción contra sus propios actos. Es necesario, además, determinar si la naturaleza del acto administrativo determina necesariamente la calidad de la acción contenciosa que busca destruirlo o modificarlo, es decir, si cuando se trata de un acto de carácter general solo procede la acción de nulidad, y si solo es admisible o viable la de plena jurisdicción cuando se trata de actos, hechos u operaciones administrativos determinantes de una situación jurídica concreta. Si lo planteado se resolviera afirmativamente, no hay duda de que se restringiría en forma notable el ámbito de defensa de la juridicidad, y se optaría por una posición contraria al sentido y alcance de los preceptos consagratorios de las acciones contenciosas que, para satisfacer diferentes grados de interés, buscan el imperio de la legalidad a través de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales competentes. Más acertado parece admitir que es el interés afectado por el acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción, pues si aquel es general y abstracto se satisfará para su reparación con la acción de nulidad, al paso que si es concreto, individual, buscará, además, el restablecimiento del derecho lesionado.

“Por ello, un acto de esta última naturaleza puede ser objeto de una simple acción de nulidad ante lo contencioso, porque si quien demanda no exhibe su personal interés patrimonial afectado, o resuelve prescindir de él, no puede impedirse que vuelva por los raseros claros y simples de la legalidad. En efecto, nadie puede ser obligado a buscar la reparación de un derecho suyo lesionado, ni forzado a que, si solo está interesado en la restauración de la legalidad, deba vincular a ese propósito, el resultado práctico de una reparación. Fuera de que, en muchos casos, como antes se apuntó, la simple declaración de nulidad del acto puede serle suficiente para que cese en su contra determinado perjuicio o para evitar que él se consume si el acto que lo produjo en principio no se ha ejecutado. Y nuestro Código Contencioso no vincula en forma alguna la naturaleza de la acción a la del acto que por ella se acusa, sino que condiciona las acciones a la naturaleza del interés que se pretende como lesionado. Por ello el artículo 66 dispone que “toda persona

puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados”, y agrega que esa nulidad puede solicitarse, además, “cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”. Por otra parte, cuando el artículo 67, en su primer inciso dispone que “la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que, además de la anulación, se le restablezca en su derecho”, establece dos cuestiones diferentes: de un lado, una facultad o potestad, que no una obligación, para ejercer la acción de plena jurisdicción; y de otro, una clara obligación consistente en que, si opta por ejercerla, pida, además de la anulación del acto, el restablecimiento de su derecho. Y sentado como está que esta acción corresponde tanto a los particulares como a la Administración, siguese que ella no está obligada a pedir el restablecimiento del derecho, es decir, a ejercitar la acción del contencioso subjetivo, pues a sus intereses puede ser bastante la simple anulación del acto”.

### *Actos administrativos. Pérdida de fuerza ejecutoria*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 30/10/2014

Radicado: 25000-23-24-000-2002-00624-01

Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 12/01/2008

Radicado: 1861

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se pronunció en concepto emitido el 12 de diciembre de 2007 (Consejero ponente doctor Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación núm. 186) en los siguientes términos:

*“Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos. Numeral 3º del artículo 66 del C.C.A.* La causal de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos contenida en el numeral 3º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo desarrolla el principio de eficacia, que informa las actuaciones y los procedimientos administrativos (Artículo 3º. C.C.A.), en la medida en que lo que se busca a través de la misma, es evitar la inercia, inactividad o desidia de la administración frente a sus propios actos.

En virtud de esta causal, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria y la administración el poder de hacerlos efectivos directamente, cuando al cabo de cinco años (5) de estar en firme, ésta no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

Así las cosas, si bien es cierto, la administración está obligada a obtener la realización material de las decisiones que se tomen al culminar un procedimiento administrativo, también lo es, que para que se configure la causal de pérdida de ejecutoria en comento, el legislador no exige el cumplimiento íntegro o pleno del acto administrativo dentro del término de los cinco (5) años contados a partir de su firmeza. Este plazo debe entenderse como una limitante temporal impuesta a la administración para gestionar lo concerniente a la ejecución del mismo, es decir, efectuar las operaciones que sean necesarias y pertinentes para materializar lo en él ordenado.

En consecuencia, el simple paso del tiempo sin que se haya obtenido el cumplimiento pleno del acto, no es suficiente para que se configure la causal de pérdida de fuerza ejecutoria del numeral 3º del artículo 66 del C.C.A. El presupuesto normativo para que ello ocurra, consiste en que dentro del término fijado por el legislador, la administración no haya utilizado la prerrogativa de la ejecución oficiosa que le ha sido otorgada para expedir o realizar los actos, las gestiones y las operaciones tendientes a obtener su cumplimiento.”

## Administración pública. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado  
Sección Primera  
Fecha: 03/07/2008  
Radicado: 25000-23-15-000-2005-01211-01 (PI)  
Ponente: Camilo Arciniegas Andrade



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 08/03/1996  
Radicado: 792  
Ponente: Roberto Suárez

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
68001-23-33-000-2016-00166-01

La causal de pérdida de la investidura instituida en el inciso primero del artículo 291 de la Constitución Política, originario de la Asamblea Constituyente de 1991 es del siguiente tenor literal: «*Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.*» El concepto de “Administración Pública” tiene dos acepciones: la orgánica y la material. Así lo sostuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de enero de 2000<sup>1</sup>: «*El concepto de Administración Pública se desenvuelve en un doble aspecto, subjetivo u orgánico, como organización apta para el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y objetivo o material, como actividad o función; y se constituye como el objeto del derecho administrativo*».

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 8 de marzo de 1996<sup>2</sup> precisó:

«*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. La concepción material u objetiva considera a la administración teniendo en

1 Expediente: AI-046. C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demandado: Artículos 96 a 104 del Decreto 1421 de 1993.

2 Expediente: 792. C.P. Dr. Roberto Suárez Franco. Actor: Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Referencia: Alcance del concepto “Administración Pública”. Ámbito de cobertura del Decreto 2150 de 1995.

cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano y del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad 'administrativa', stricto sensu, no solo en la que desarrolle o despliegue el Órgano Ejecutivo, que es a quien normalmente y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos legislativos y judicial" (Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, pág. 73).

**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.

(...) 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.

“La administración resulta caracterizada con base en la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde, pues, del ‘autor’ del acto; solo se tiene en cuenta el ‘acto’ en sí mismo. Puede, entonces, haber ‘administración’ no solo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la organización judicial” (Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Buenos Aires, págs. 40 y 41). Se concluye que la función administrativa puede tener su origen en cualquiera de los órganos del Estado (legislativo, judicial y ejecutivo); lo que define, entonces, su naturaleza es la actividad desarrollada sin importar el órgano que la genera, porque “lo que ha de definir una institución es la ‘substancia’ de la misma, no la ‘forma’ ni el ‘autor’ de los actos respectivos: la forma y el autor solo constituyen elementos contingentes” (op. cit., pág. 78).

(...) 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. [...]»

Una interpretación sistemática de la Constitución Política pone de manifiesto que acoge el criterio material, conforme al cual hacen parte de la «Administración Pública» todos los organismos y entidades de naturaleza pública que integran la estructura del Estado y que desempeñan funciones públicas.

... Puesto que las UTL hacen parte del Congreso, también integran la Administración Pública. Fuerza es, entonces, aplicar a quienes laboran en ellas la incompatibilidad por desempeñar simultáneamente cargos en la administración pública, que acarrea pérdida de la investidura. Para reafirmar la calidad de empleado público de los asesores vinculados a las UTL y la observancia que estos deben al régimen de incompatibilidades con miras a garantizar su dedicación exclusiva a las labores que le fueron encomendadas, resulta pertinente el concepto de 12 de diciembre de 1978 en que la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó:

«Referente a incompatibilidad, sobre la base de que los abogados, economistas y arquitectos a que se refiere la consulta están, como esta misma lo dice **“incorporados a la planta de personal del H. Senado (Congreso) como asesores” la Sala considera que se trata de “empleados públicos”**. Los empleados públicos, se repite, tienen funciones expresamente determinadas y **deben consagrarse al desempeño de las mismas durante horas normales de trabajo**. Y así la Sala opina que están inhabilitados para atender sus oficinas particulares y prestar simultáneamente sus servicios en libre ejercicio de su respectiva profesión.

El empleado público, precisamente en razón de ese carácter, debe consagrarse al servicio del Estado. Y fatalmente la atención de sus negocios particulares en su oficina profesional, trae como consecuencia el descuido de los deberes que le competen por su carácter de funcionario. La facultad de dedicarse simultáneamente a sus negocios particulares en una oficina profesional, trae como consecuencia irremediable la desmoralización del empleado, de quien el Estado y la sociedad tienen derecho a exigir total consagración al servicio público, en razón del cual se le ha fijado una asignación que al menos en principio debe considerarse justa y cabalmente compensatoria de su esfuerzo. Es bueno tener en cuenta que los funcionarios y, en general, las personas vinculadas al servicio del Estado, no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley. Si el empleado no tiene facultad expresa para ejercer su profesión particular simultáneamente con el servicio público, debe dedicarse exclusivamente a éste. (...) El cabal desempeño de los empleos públicos y la moral de la administración aconsejan considerar incompatibles el ejercicio simultáneo de las actividades oficiales y particulares de que se viene tratando.»

Se concluye que los asesores de las UTL tienen la obligación de dedicarse exclusivamente a las labores que les fueron asignadas, incluso debiendo abstenerse de ejercer su profesión. Si ello es así para los asesores de las UTL, no menos fuerte tienen que ser las prohibiciones para los concejales y demás miembros de las corporaciones públicas de elección popular, a quienes la sociedad les ha conferido un mandato tras identificarse con su programa ideológico.

## Autonomía universitaria. Alcances.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 20/05/1999  
Radicado: CE-SEC1-EXP1999-N5047  
Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Radicado: 1044  
Fecha: 30/10/1997  
Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Uno de los cargos imputado por la parte actora consiste en que el inciso 1º del artículo 236 de la ley 100 de 1993 fue violado por cuanto la demandada optó por tomar una alternativa distinta a las previstas en él, por considerarla inaplicable, según se lee en la parte motiva del acuerdo 077 de 1997, y a dicho respecto se trae a colación lo sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto de 30 de junio de 1997, con ponencia del Dr. Augusto Trejos Jaramillo, con ocasión de la consulta formulada por el Ministro de Educación sobre la aplicación de la ley 100 de 1993 a las universidades públicas:

“1.- La autonomía otorgada por el constituyente y por el legislador a las universidades del Estado abarca lineamientos eminentemente académicos, administrativos y financieros que les permitan desarrollar su objeto social, cual es la debida prestación del servicio público de educación superior. Aquella no las relevaba de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 236 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 1890 de 1995. Por lo tanto, en el supuesto que una universidad del Estado hubiese tenido un fondo o caja de seguridad social, o fuese ella misma entidad prestadora de servicios de salud al momento de entrar en vigencia la ley 100, debió transformarse, adaptarse o liquidarse dentro del término dispuesto en las normas citadas. Esto, por cuanto las universidades estatales están en la obligación de acatar lo consignado en materia de seguridad social, que es otro servicio de carácter obligatorio y que no fue objeto de regulación en la ley 30 de 1992 ni en norma posterior.

“Lo anterior en el entendido de que el alcance del artículo 236 citado no ha sido el de convertir las universidades estatales en entidades promotoras de salud.

“2.- Lo dispuesto en el mencionado artículo 236 no se contrapone con el principio de autonomía otorgado a las universidades públicas, ni significa interferencia por parte de las ramas del poder público, pues se trata de una regulación dentro de la competencia que en materia legislativa tiene el Congreso Nacional...”.

(...) Concluye la Sala que si bien la Constitución y la ley han dotado de autonomía a las universidades, también lo es que dicha autonomía debe entenderse en el contexto del Estado Unitario y de su correspondiente unidad del ordenamiento jurídico y, respecto de la misión y objetivos que les son propios a dichas instituciones, objetivos que se encuentran contemplados en el artículo 6º de la ley 30 de 1992, tales como, profundizar en la formación integral de los colombianos, capacitándolos para cumplir las funciones profesionales, investigativas y de servicio social que requiere el país, trabajar por la creación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento en todas sus formas y expresiones, ser factor de desarrollo científico, cultural, económico, político y ético a nivel nacional y regional, etc., y dentro de los cuales no se encuentra la prestación del servicio de salud a sus funcionarios y pensionados.

Sobre el particular, la Sala acoge en un todo el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación invocado por la actora, y recoge como sustento jurisprudencial constitucional los siguientes lineamientos de la Corte Constitucional: *“Vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni tampoco le concede un ámbito ilimitado de competencias (tampoco a las universidades del Estado), pues cualquier entidad pública 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.”*<sup>3</sup>

---

3 Sentencia C-310 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

## *Autonomía universitaria. Regulación del régimen de su personal administrativo*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 16/07/2015

Radicado: 11001-03-24-000-2011-00212-00

Ponente: Guillermo Vargas Ayala



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Radicado: 1906

Ponente: Gustavo Aponte Santos

Al respecto vale la pena citar la rectificación doctrinal que se expuso en el Concepto emitido dentro del proceso número 11001 03 06 2008 0043 00 (1906) proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante el cual se resolvió precisamente el problema que nos ocupa:

“En efecto, una visión sistemática de los artículos 28, 57 y 79 de la Ley 30, permite sustentar la existencia de la facultad que tienen las universidades públicas para regular la carrera de su personal administrativo, como función que se desprende necesariamente de la definición de autonomía contenida en el artículo 28 en el cual se precisa que uno de los alcances de dicha autonomía universitaria es la de “darse y modificar sus estatutos” y “adoptar sus correspondientes regímenes”, atribuciones que luego se concretan en el tercer inciso del artículo 57 de la ley 30 de 1992, donde se advierte con claridad que el régimen especial de las universidades comprende la organización y elección de sus directivas, la organización y elección del personal docente, la organización y elección del personal administrativo, conceptos que en su sentido lato conllevan la facultad de señalar los sistemas de ingreso, selección, retiro, etc. es decir el sistema de carrera. Por su parte , el artículo 79, en forma coincidente indica los temas mínimos que en asuntos de personal administrativo debe contener el estatuto general, temas mínimos que se refieren a derechos, obligaciones, inhabilidades, prohibiciones, situaciones administrativas etc. de acuerdo, con las normas vigentes en cada uno de esos asuntos.

Ahora bien, una situación es que se permita a las universidades gozar de autonomía en los asuntos del personal administrativo y otra distinta es que

se desconozca el marco constitucional de la obligatoriedad y naturaleza de la carrera administrativa. Por lo tanto, los estatutos no podrán desconocer el artículo 125 de la Constitución que ordena que los empleos públicos deben ser provistos por concurso de méritos y teniendo en cuenta las demás normas vigentes sobre las especificidades del régimen de dichos empleados públicos.<sup>4</sup>

En este orden de ideas, es bueno puntualizar que la consulta inquiriere sobre la posibilidad jurídica de regular la carrera administrativa por parte de los Consejos Superiores con base en la Ley 30, pregunta que se ha respondido favorablemente. Sin embargo, hay que anotar que como dicha regulación debe fundamentarse en parámetros legales y la Sala constata que la Ley 30 no los establece suficientemente, es necesario apelar a otras leyes para dictar los estatutos de carrera administrativa en las universidades.

En efecto, cuando se comparan, por una parte, las normas contenidas en la ley 30 para la regulación de la carrera del personal docente y por otra, las del personal administrativo con el fin de revisar su alcance, se observa que las disposiciones que diseñan la carrera docente, no dejan duda sobre los parámetros a tener en cuenta por los entes universitarios autónomos al elaborar sus estatutos docentes, según disponen los artículos 70 y siguientes. No ocurre lo mismo con respecto al personal administrativo, pues si bien el artículo 79 señala unos contenidos mínimos que deberá tener el estatuto general, la ley en realidad no fijó parámetros concretos para orientar el estatuto de la carrera administrativa. Por lo tanto, es necesario acudir a la regulación que trae la ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, para que el órgano máximo de la universidad expida el citado estatuto, como se verá más adelante. (...)

Ahora bien, al quedar claro que la regulación y administración de la carrera del personal administrativo, corresponde a los entes universitarios autónomos, teniendo en cuenta las leyes vigentes, y que ésta es una carrera especial, se debe precisar que al tenor de lo dispuesto en los literales b) y d) del artículo

---

4 Artículo 79 de la ley 30 de 1992.

65 de la ley 30, son los Consejos Superiores Universitarios los organismos encargados de tal función al momento de expedir los estatutos y reglamentos de la institución. Señala el artículo 65:

“ART. 65.—Son funciones del consejo superior universitario:

- a. Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional;
- b. Definir la organización académica, administrativa y financiera de la institución;
- c. Velar porque la marcha de la institución esté acorde con las disposiciones legales, el estatuto general y las políticas institucionales;
- d. Expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución;
- e. Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos;
- f. Aprobar el presupuesto de la institución;
- g. Darse su propio reglamento, y
- h. Las demás que le señalen la ley y los estatutos.

PAR.—En los estatutos de cada universidad se señalarán las funciones que puedan delegarse en el rector.”

En consecuencia, con fundamento en la ley 30 de 1992, artículo 65, literales b) y d), la regulación de dicha carrera de índole constitucional, está a cargo de los Consejos Superiores Universitarios atendiendo los principios constitucionales y las reglas de la carrera administrativa general<sup>5</sup>. Sin embargo, los Consejos Superiores Universitarios al expedir el estatuto de los empleados administrativos, aplicarán supletoriamente las normas de la ley 909 de 2004, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2º de su artículo 3º. (...)

#### **La Sala responde:**

1. Sí. De conformidad con lo expuesto, en desarrollo del principio de autonomía consagrado en el artículo 69 de la Constitución Política y en la ley 30 de 1992, los entes universitarios autónomos pueden regular y prever su administración en sus estatutos generales la carrera administrativa dentro de los parámetros constitucionales y legales vigentes. Sin embargo, como la ley 30 de 1992 presenta vacíos en esa materia, en los estatutos

---

5 Sentencia C-563 de 2000.

de las universidades públicas debe regularse la carrera administrativa con base en la ley 909 de 2004 que es de aplicación supletoria, hasta tanto el legislador considere necesario expedir una ley especial para dicha carrera administrativa.

2. Los organismos responsables de la vigilancia de la carrera especial de los empleados públicos administrativos de las universidades estatales, serán los Consejos Superiores Universitarios, mientras una nueva ley no disponga otra cosa.” (Resaltado y subrayado de la Sala).

Bajo tales premisas, no puede acogerse el cargo planteado por la Asociación demandante por cuanto no es a la CNSC a la que le corresponde regular la carrera docente, ya que, se reitera, se trata de un régimen exceptuado de manera expresa por la Constitución.

### *Autoridades. Solo les es permitido lo que autoriza la ley*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 20/11/1992  
Radicado: CE-SEC1-1992-N1831  
Ponente: Miguel González Rodríguez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 22/04/1971  
Radicado: CE-SC-RAD1971-N532  
Ponente: Alberto Hernández Mora

El artículo 20 de la anterior Carta Política consagraba el principio de que a las autoridades públicas sólo les es permitido aquello que les autoriza la ley, principio éste sobre el cual reposa la noción de Estado de Derecho, y cuya aplicación es imperativa “cuando se trate de definir las relaciones entre gobernantes y gobernados y de alindar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 22 de abril de 1971, Consejero Ponente doctor Alberto Hernández Mora, Anales Nos. 429 y 430).

Ahora bien, aún cuando de acuerdo con la motivación del acto acusado la disposición que se analiza parece haber sido dictada con base en el artículo 205 del Decreto Ley 1355 de 1970 que consagra la competencia de los comandantes de estación y de subestación para prohibir la concurrencia a determinados sitios públicos o abiertos al público a las personas “...que por su edad o estado de salud física o mental le sea perjudicial, según

dictamen médico”, la Sala encuentra que su fundamento válido y jurídico se encuentra contenido en el artículo 1, literal V) de la Ordenanza No. 007 de 1984, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío, “por medio de la cual se reglamenta el funcionamiento de establecimientos abiertos al público”, y allegada al proceso como parte integrante de los antecedentes administrativos del acto demandado, en donde se señala que los establecimientos de juegos electrónicos son aquellos “... donde se permiten estos juegos en aparatos diseñados para tal fin; **sólo podrán participar en ellos niños mayores de 12 años y menores de 18, excluyéndose la presencia de adultos que no tengan que ver con la administración del establecimiento...** (Subraya la Sala).

Ante la señalada norma ordenanza y a pesar de la inconsistencia entre el acto acusado y su motivación, la Sala considera que ello no es razón suficiente para declarar su nulidad pues, por una parte, esta causal no fue alegada en la demanda y, en segundo término, existiendo norma superior que regula la materia descrita en dicho acto acusado, su declaratoria de nulidad resultaría inocua.

### *Autoridades administrativas de transporte. Facultad sancionatoria*



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 19/05/2016

Radicado: 11001-03-24-000-2008-00107-00

Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/10/2002

Radicado: 1454

Ponente: Susana Montes de Echeverri

Sobre el particular la Sala prohíja el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 16 de octubre de 2002, rad. N° 1.454, M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri, que en la parte pertinente dice:

“De conformidad con el capítulo noveno de la Ley 336 de 1996, ... Las autoridades administrativas de transporte,...en ejercicio de la función de control y vigilancia que la Constitución y la ley les atribuye – como función presidencial podrán, como facultad derivada, imponer a quienes violen las normas a las que deben estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, las sanciones tipificadas por la ley, cuando se realicen o verifiquen los

supuestos fácticos previstos por el legislador para su procedencia, supuestos que determinan y limitan la competencia de las autoridades administrativas de control y vigilancia”.

### *Autoridades territoriales.*

#### *Competencia para fijar la escala de remuneración*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 11/07/2013

Radicado: 17001-23-31-000-2004-01267-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/12/2004

Radicado: 1518

Ponente: Susana Montes de Echeverri

Ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción en señalar que, a pesar de que se reconoce la autonomía administrativa para las entidades territoriales para la fijación de las escalas de remuneración y emolumentos de los empleados de sus dependencias, tanto los gobernadores, como las asambleas, los alcaldes y los concejos sólo pueden ejercer tal facultad dentro del estricto marco señalado en la Carta Política y en la Ley General, motivo por el cual no pueden crear o regular factores salariales en forma distinta a como lo definieron el Congreso y el Gobierno Nacional. (...) En cuanto a la competencia de las autoridades territoriales para fijar la escala de remuneración, resulta ilustrativo el siguiente aparte del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el cual sostuvo:

“Las asambleas departamentales y los concejos municipales, entonces, dentro del sistema de remuneración de cargos territoriales tienen autonomía para establecer y definir las correspondientes escalas salariales, esto es, para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero dentro del límite máximo, fijado por el gobierno nacional, el cual busca establecer el equilibrio y unificación del sistema. Por su parte, los gobernadores y alcaldes quienes también tienen atribuciones en materia salarial, actúan sujetos a tales parámetros “..., dentro de esas escalas, determina(n) el sitio que corresponde a cada uno de los empleos, lo cual

equivale a determinar el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos...". De suerte que dentro de este marco la asignación mensual correspondiente a cada empleo queda determinada por su grado y la escala del respectivo nivel. (...) Adviértase cómo el Constituyente fue claro al señalar que el régimen salarial de los empleados públicos lo determina el Gobierno nacional, estableciendo una competencia general sobre la materia. Ahora bien, indefectiblemente forman parte del régimen los factores salariales y su monto, de suerte que al no estar atribuida la potestad de fijarlos a las autoridades seccionales o locales mencionadas, tal atribución recae en aquél. Las escalas de remuneración constituyen tan sólo uno de los elementos salariales, mas no puede considerarse que todos éstos puedan incluirse en aquéllas. (...) La competencia asignada en los artículos 300.7 y 313.6 de la Constitución Política a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, respectivamente, para determinar "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos" **no comprende la atribución de crear factores salariales, función privativa del Congreso y del Gobierno Nacional.** Las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial solamente pueden liquidarse con base en los factores salariales determinadas por el Gobierno Nacional". (Concepto 1518 ampliación de fecha diciembre 13 de 2004 Magistrado Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce)

### Banco de la República. Intervención del Estado en la extracción de oro



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 13/09/1991  
Radicado: CE-SEC3-EXP1991-N5944  
Ponente: Carlos Betancur Jaramillo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 15/09/1969  
Radicado: 0915  
Ponente: Alberto Hernández Mora

El Banco de la República por disponerlo así sus estatutos y además por estar previsto en el C.C.A. sí tiene funciones administrativas y en tal virtud expide actos de la misma naturaleza, los cuales no pueden regularse por el derecho común que se

aplica a los particulares. Concatenando lo expuesto con la actividad que cumple el Banco de la República cuando adquiere el oro en desarrollo del mandato contenido en el decreto 444 de 1967, artículo 37, por ser ésta una actividad administrativa cuya exclusividad corresponde al Estado, su control está a cargo de esta jurisdicción según lo tiene previsto el mismo Código Contencioso Administrativo, art. 82 inciso primero en armonía con el art. 83 inciso tercero.

A la anterior conclusión se llega además, porque la Sala considera que la adquisición del metal por parte del Banco no constituye una situación contractual. A ella se ven abocados tanto el minero o comerciante del oro, como el mismo Banco, por mandato legal, sin que ninguno de los dos pueda válidamente evadir su cumplimiento. Estima la sala que en este caso ocurre una situación algo similar a la del importador de mercancías, que debe para lograr sus objetivos, depositarlas, en bodegas oficiales. Tampoco encuentra que tal adquisición pueda calificarse de contrato de compraventa de muebles como aparentemente surge en principio.

Basta leer el texto del artículo 37 para encontrar que se trata de un mandato legal de obligatoria observancia para el Banco, en cuanto sólo él como entidad puede comprar, vender poseer y exportar el oro con fines comerciales. Esta exclusividad, si bien lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia, no coincide con las características del monopolio a que se refiere la Constitución Nacional en su artículo 31, sí constituye un privilegio único que toca con la soberanía y en tales condiciones la naturaleza de la compraventa como contrato bilateral, oneroso, conmutativo, y consensual se desvirtúa. Además, porque no existe alternativa de ninguna índole para el minero que extrae el oro. Él no puede escoger el comprador ni el precio ni la forma de pago, ni el lugar de la venta, ni siquiera la hora. Todo está determinado por el Banco de la República. Y no dándose los elementos esenciales de la compraventa tampoco es posible pensar en su perfeccionamiento como lo establece el C. C. en su artículo 1857; en otras razones, porque cuando se entrega el material extraído, se ignora cuánto pesará una vez purificado y sometido al proceso de fundición, y por ende, cuál será su precio, ya que esta función corresponde a la Junta Monetaria.

(...) Sobre el comercio de oro en Colombia, para efectos de determinar la naturaleza de tal actividad también se apoya la sala en el criterio expuesto, por el Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, fechado el 15 de septiembre de 1969, con ponencia del H. Consejero Alberto Hernandez Mora, al

absolver una consulta elevada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La alta Corporación después de analizar tres períodos a partir de 1930 en que se alternan políticas restrictivas, de libertad y por último de monopolio Estatal a partir de 1966, encuentra que la Legislación en estas tres etapas ha “determinado las facultades de la Oficina de Control de Cambios y del Banco de la República como depositarios de las divisas internacionales en la autorización de licencias y en procedimiento de compra del oro físico”, señala cómo toda legislación sobre control de oro, se encamina primordialmente a obtener un saldo aprovechable de cambio internacional originado en la industria de dicho metal, a fin de que ella genere divisas utilizables en otros campos de la actividad económica. Todos los beneficios tendientes a estimular la extracción, en últimas persiguen el control de las divisas.”

### *Banda Nacional de Músicos. Naturaleza jurídica*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 05/06/2014

Radicado: 25000-23-25-000-2011-01064-01

Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Araguren



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/12/1988

Radicación: 245

Ponente: Javier Henao Hidrón

Sobre la naturaleza jurídica de la Banda Nacional de Músicos, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto del 15 de diciembre de 1988, Radicación No. 245, M.P. Dr. Javier Henao Hidrón, concluyó lo siguiente:

1. La Banda Nacional (o Banda Nacional de Músicos de Bogotá) es desde 1968, cuando entró en vigencia el Decreto Ley 3154 de dicho año, una dependencia del Instituto Colombiano de Cultura (COLCULTURA), integrada a su organización administrativa.

Por disposición reiterada de la ley, la Banda se considera como una organización de carácter docente en el ramo de la Instrucción Pública, así su estructura y modalidades no sean propiamente las correspondientes a un plantel educativo. Pero es indudable que el legislador ha querido expresar su voluntad en el sentido de que los músicos que la integran

tengan el tratamiento otorgado a los docentes, con el fin de que puedan disfrutar de los mismos derechos especiales que la ley establece para estos últimos.

La Banda Nacional es una especie de escuela abierta en el campo de la interpretación musical y por eso, desde el año 1913, sus músicos han tenido la denominación legal de profesores.

De donde puede inferirse que el personal de músicos tiene también la calificación jurídica de empleados oficiales de régimen especial, por cuanto son leyes así mismo especiales las que en el transcurso de varias décadas ha expedido para ellos el legislador, ordinario o extraordinario. Son estas leyes las que se deben aplicar a dicho personal, de preferencia, y en subsidio las contempladas en el Estatuto Docente o en otras disposiciones relacionadas con el régimen jurídico de los educadores.

(...)

2. Es entendido que no todas las personas que integran el conjunto musical denominado Banda Nacional, tienen carácter docente. Este calificativo debe aplicarse al personal de músicos mencionado en los literales a, b, c, d, y e. del artículo 1° de la Ley 67 de 1964, o sea al Director, el Músico Mayor, los Profesores Solistas, los Profesores de Primera Clase y los Profesores de Segunda Clase.
3. El Instituto Colombiano de Cultura debe dar al personal de músicos de la Banda Nacional el tratamiento previsto en las disposiciones especiales relacionadas con este conjunto musical y en el Decreto 2277 de 1979, en cuanto regula un régimen especial para los docentes de educación primaria y secundaria.

Ello por cuanto el legislador quiso que los músicos de la Banda disfrutaran de las prerrogativas reconocidas a los docentes. Tales son, por ejemplo, los aspectos relacionados con estabilidad, ascenso, permanencia y vacaciones especiales (en lo pertinente, artículos 11, 28, 31 y 67 del Decreto 2277 de 1979 y artículo 8° del Decreto 174 de 1982), la compatibilidad en la percepción de pensión y sueldo por servicios docentes (parágrafo del artículo 4° de la Ley 67 de 1964 y artículo 1° del Decreto 606 de 1969), y la compatibilidad en las asignaciones que provengan del desempeño

de varios empleos de carácter docente en establecimientos educativos oficiales, con la condición de que no sean empleos de tiempo completo (Decreto 1042 de 1978, artículo 32, literal a).

Respecto de la expresión ‘efectos legales y fiscales’ que emplea el artículo 4° de la Ley 67 de 1964, la misma se refiere, en su orden, a la aplicación a los profesores de la Banda Nacional de las regulaciones de orden legal previstas para el ejercicio de la profesión docente; y al tratamiento que las leyes tributarias señalen para los docentes, observándose que en esta última materia la reforma tributaria contenida en la Ley 75 de 1986, no establece excepciones o régimen preferencial a favor de los docentes.”

### Corporaciones Autónomas Regionales. Régimen



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 10/05/2012

Radicado: 76001-23-31-000-1999-02013-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 18/10/2001

Radicado: 1366

Ponente: Ricardo Hernando Monroy

Otras sentencias que citan el mismo concepto

11001-03-24-000-2008-00139-00

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación mediante Concepto 1366 de 18 de octubre de 2001, sostuvo que a los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales se les aplican las inhabilidades previstas en el régimen general y las correspondientes a cada uno de sus miembros en razón de su cargo en cuanto servidores públicos y, las propias de los particulares que cumplen funciones públicas. En esa oportunidad dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

“Como consecuencia de la inaplicación del artículo 19 del decreto 1768 de 1994 a los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se les aplican las inhabilidades e incompatibilidades

previstas en el régimen general y las correspondientes a cada uno de sus miembros en razón de su cargo en cuanto servidores públicos y, las propias de los particulares que cumplen funciones públicas. Un miembro de un Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional elegido como diputado o concejal, no puede hacer parte de un consejo directivo de una corporación autónoma regional, por expresa prohibición del artículo 44 numeral 1º literal a) de la ley 200 de 1995 y 45 de la ley 136 de 1994. No es viable elegir como miembro de un consejo directivo de una corporación autónoma regional, a un diputado, o concejal, por expresa incompatibilidad legal prevista en los artículos 44 y 45 mencionados de las leyes 200 de 1995 y 136 de 1994, respectivamente. Un miembro del Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional, puede ser nombrado como empleado público de libre nombramiento y remoción de la misma Corporación, una vez finalizado su período institucional como consejero o una vez presentada la renuncia a este cargo. Como consecuencia de la inaplicación del artículo 19 del decreto 1768 de 1994 a los miembros de los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, no les resulta aplicable el artículo 10 del decreto ley 128 de 1976. En materia contractual a los miembros del consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales, se les aplica las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993. La excepción en materia de inhabilidades e incompatibilidades prevista en el artículo 10 de la ley 80 de 1993, no es aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro. No es posible que la organización no gubernamental del sector ambiental pueda celebrar contratos con la respectiva corporación autónoma regional en la cual el representante de aquella sea miembro del consejo directivo. El cónyuge o compañero permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del representante legal de la organización no gubernamental de carácter ambiental o de otro miembro de la organización que forma parte del consejo directivo de una corporación autónoma regional, no puede participar en licitaciones, concursos públicos, contrataciones directas y celebrar contratos con la Corporación.”

De lo anterior se deduce que las inhabilidades se predicán de las personas naturales o mejor, en este caso, de los Representantes Legales y miembros de los Consejos y Juntas Directivas de las Corporaciones Autónomas Regionales y no como lo pretende demostrar el actor, respecto de personas jurídicas o de la entidad pública como tal, pues la responsabilidad de las conductas que configuran una inhabilidad se predica de la persona o del servidor público y no de la institución.

### *Corporaciones Autónomas Regionales. Representación de las comunidades negras.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 11/03/2004

Radicado: 11001-03-24-000-2003-0083-01 (8797)

Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Radicado: 1288

Ponente: César Hoyos Salazar

Otras sentencias que citan el mismo concepto

11001-03-24-000-2003-00280-01

En virtud del mandato constitucional, el Congreso expidió la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” (...) A dicho respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-169 de 2001, precisó:

“Debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes. Por último, es conveniente puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término “comunidades negras”, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben

entender incluidas dentro de las dichas “comunidades negras”, para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción”. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dijo:

“En resumen, la representación de las comunidades negras en los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales está atribuida por la ley a las comunidades tradicionalmente asentadas en tierras baldías en zonas rurales ribereñas localizadas en el territorio de jurisdicción de la respectiva Corporación, sin distinguir entre aquellas a las cuales se les hubiere adjudicado propiedad colectiva sobre áreas demarcadas conforme a la ley 70 de 1993 y las que no hubieren recibido esa adjudicación. Lo que sí prevé el artículo 56 de la ley 70 es que las comunidades negras tendrán un representante “... en los términos que defina el reglamento que expida el Gobierno Nacional”.

Finalmente, las organizaciones de comunidades negras que no son sujeto de propiedad colectiva porque no están ubicadas en tierras susceptibles de adjudicación, así como las modalidades de organización urbana (las culturales o las de género), no son las titulares del derecho a participar en la elección de los representantes de las citadas comunidades en los consejos directivos de las Corporaciones, establecido en las leyes 70 de 1993 y 99 de 1993, de conformidad con el artículo transitorio 55 de la Constitución. Esto no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, porque éste, según reiterada jurisprudencia constitucional, se predica entre iguales y no entre desiguales. **Las comunidades negras de que trata el artículo transitorio**

**55 de la Constitución, y la ley 70 de 1993, son aquellas que han venido ocupando tierras baldías en zonas rurales ribereñas demarcadas en la ley. Por consiguiente, las demás comunidades negras que no reúnan los mencionados requisitos son diferentes de aquellas”.** (Cfr. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. Concepto 1288. M.P. Dr. Cesar Hoyos).

(...) Para que se pueda concluir que el Decreto 2248 de 1995 desvirtúa la filosofía plasmada en la Constitución Política y desarrollada por la Ley 70 de 1993 al ampliar el ámbito del concepto de “comunidad negra” trazado en el texto constitucional y en la Ley 70, es decir, que solo se debió tener en cuenta el referente a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico en la expedición del Decreto demandado, resultaba menester probar que esas otras zonas no podían ser incluidas dentro del contexto de “comunidades negras” por no reunir los requisitos de que tratan la norma constitucional y legal mencionadas como violadas en la demanda, aspecto éste huérfano de prueba dentro de esta actuación. Finalmente, si bien se está incluyendo en el acto acusado representación de Risaralda y Distrito Capital, y que la parte actora no demostró que la inclusión de esas regiones estuviera contra la ley, no es menos cierto que las autoridades solo podrán otorgar beneficios y prerrogativas a las comunidades negras, siempre y cuando se cumplan los términos que marcan el artículo 55 de la Constitución Política y la Ley 70 de 1993.

### Curaduría Urbana. Naturaleza jurídica



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 28/08/2014  
Radicado: 76001-23-31-000-2004-02807-01  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 02/06/2005  
Radicado: 1650  
Ponente: Gustavo Aponte Santos

De otra parte la Sala observa que la función de Curaduría Urbana, es una función pública que se ejerce por un particular al que la Ley expresamente le ha concedido dicha facultad, de conformidad con el artículo 210 de la Carta Política. En ese sentido,

el artículo 101 de la Ley 388 de 1997 modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, establece que el Curador es un particular encargado de expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción, demolición, y para el loteo o subdivisión de predios según sea el caso. La naturaleza jurídica de las curadurías así definida ha sido reiterada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación que sobre el particular ha conceptuado:

“La ley 810 de 2003, en el artículo 9º, por el cual se modificó el artículo 101 de la ley 388 de 1997, define que el curador urbano es el encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, loteo o subdivisión de predios en las zonas o áreas del municipio o distrito. Si bien es cierto, la figura del curador se concibió en el derecho urbano como un particular encargado de dar fe acerca del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en los distritos o municipios y de expedir las licencias de urbanismo o de construcción a solicitud de parte, también lo es que el ejercicio de esa función pública está directamente relacionada con el medio ambiente, en tanto, las decisiones tomadas por el curador tienen un impacto en el entorno urbano ambiental, y están subordinadas al interés público y eventualmente afectan bienes enmarcados en el dominio eminente del estado o bienes de uso público.”<sup>6</sup>

### Delegación de funciones



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 05/03/1993  
Radicado: CE-SEC1-1993-N2228  
Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 06/09/1990  
Radicado: 1220  
Ponente: Humberto Mora Osejo

Para la Sala no resultan valederas las tesis del actor, según las cuales el acto acusado se dictó bajo los parámetros de la figura jurídica de la desconcentración administrativa,

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1650 de 2 de junio de 2005. C. P. Gustavo Aponte Santos.

ni aquella acerca del cúmulo de trabajo que aqueja a los alcaldes, así como tampoco la de que el Tribunal a quo en su decisión se fundamentó equivocadamente en los precisos términos de los artículos 135 de la Constitución Política de 1886 y 299 del Código de Procedimiento Civil, por la siguientes razones:

1ª Porque la delegación de funciones no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, sólo se predica como excepción, en los casos expresamente señalados en ella.

2ª Porque si el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil radicó de manera exclusiva en los notarios o alcaldes la facultad de recepcionar testimonios para fines no judiciales e igualmente para aquellos en que para fines judiciales no se pida la citación de la parte contraria, esta norma, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, por ser especial, prefiere a la general que sobre delegación en funciones se encuentra contenida en el artículo 320, literal d) del Código de Régimen Municipal.

3ª Porque la consulta absuelta por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, que sirve de motivación al acto acusado, no guarda relación alguna con la materia por él regulada, pues ella se refiere a la facultad del alcalde para “delegar a sus subordinados los inspectores municipales de policía la función que le confieren la Ley 57 de 1905, artículo 15, y el Decreto 992 de 1930, es decir, la competencia que tiene aquel funcionario para conocer y decidir los procesos policivos sobre lanzamiento por ocupación de hecho”. (Anales del Consejo de Estado. Segundo semestre de 1986, pp. 92 a 96).

4ª Porque como fundamento de esta decisión, y por referirse concretamente al caso sub iudice, la Sala acoge en su integridad el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en fecha 6 de septiembre de 1990, en el cual se expresa lo siguiente:

“1. La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de sus subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación.

“2. El artículo 135 de la Constitución Nacional contempla la delegación de funciones del Presidente de la República en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos o Gobernadores. El precepto exige que las

materias delegables estén determinadas por la ley y además contempla que, el delegante puede reasumir en cualquier tiempo la competencia delegada. La Ley 202 de 1936 y el Decreto -ley 2703 de 1959 determinan, entre otras disposiciones, las materias que pueden ser objeto de delegación presidencial.

“3. El Decreto-ley 1050 de 1968, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes o decretos -ley especiales, contempla de modo general, la posibilidad de delegación de funciones en los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. Respecto a los establecimientos públicos nacionales, el correspondiente estatuto legal determina o prevé la facultad de delegación.

“4. En relación con la administración regional y local, los correspondientes estatutos regulan la facultad de delegación, en tal forma que ésta se podrá ejercer o no según esté o no autorizada por ordenanzas o acuerdos intendenciales, comisariales o municipales. Pero, si los funcionarios u organismos de la administración regional o local ejercen funciones prescritas directamente por la ley, solamente ésta puede prescribir la facultad de delegar funciones.

“5. El artículo 130 del Decreto -ley 2282 de 1989, que reemplazó el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, prescribe: “Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente, los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba y sólo tendrán valor para dicho fin.

“Esta disposición transfiere a los notarios y alcaldes la facultad de recibir testimonios con fines extrajudiciales o para hacerlos valer en algún proceso judicial siempre que no se pida la citación de la parte contraria. El precepto se propone relevar a los jueces de estas tareas para descongestionar los despachos judiciales y dispone que deben ser cumplidas por notarios y alcaldes. Sin embargo, no contempló la facultad de delegación y por lo mismo esa atribución debe ser ejercida directamente por los notarios y alcaldes. En consecuencia no existe la posibilidad de delegación” (Concepto

No. 1220 de septiembre 6 de 1990. Consejero ponente: doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 372. Extractos de Jurisprudencia. Octubre, noviembre y diciembre de 1990, Primera Parte, pp. 91 y 92).

## Empresas de servicios públicos



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 12/04/2012

Radocado: 17001-23-31-000-2003-00199-01

Ponente: María Elizabeth García González



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Radocado: 1192

Fecha: 05/08/1999

Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

Advierte la Sala que en el Acta núm. 006 de 1994, de la reunión de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Manizales, se expresó que se elaboraría un “proyecto de Acuerdo para ser sometido a la aprobación del Honorable Concejo Municipal”, y que ello no se llevó a cabo. Empero, como ya se dijo, el Acuerdo Municipal núm. 001 de 12 de febrero de 1992 puede y debe tenerse en cuenta como el acto de autorización de que trata el artículo 313, numeral 6, de la Carta Política, de ahí que no se requiriera someter nuevamente a la aprobación del Concejo una autorización para constituir una sociedad de economía mixta, que ya existía en cabeza del gerente para que Empresas Públicas de Manizales pudiera participar como socia o accionista, entre otras, en sociedades de economía mixta.

Finalmente, cabe destacar que la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 26 de enero de 2006 (Expediente núm. 2004-00637-01 (AP), Consejero ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez), confirmó la sentencia de 2 de febrero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda que se interpuso en ejercicio de una acción popular, por cuanto no encontró vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, con la puesta en marcha de la empresa **EMAS S.A. E.S.P.** Sobre el particular, dijo la Sección Tercera en la precitada sentencia:

*“3.1 Constitución de la EMAS. Desde 1962 hasta diciembre de 1994, en el municipio de Manizales, el servicio público domiciliario de aseo era prestado*

*por un establecimiento público autónomo, denominado Empresas Públicas de Manizales, el cual fue creado mediante el acuerdo municipal número cuatro del 10 de febrero de 1962. (...) El seis de diciembre de 1994, mediante escritura pública número 1300 de la Notaría Quinta de Manizales, se constituyó la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. (EMAS) como sociedad de economía mixta, con 49% de su capital accionario en cabeza de Empresas Públicas de Manizales y el 51% restante, en cabeza del sector privado. (...) Sobre este punto, el Consejo de Estado explicó:*

*“Conforme disponen los artículos 19.15 y 32 de la ley 142 de 1994, la constitución y los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo que no regule de modo especial la ley de servicios públicos, se rigen por las reglas del derecho privado. Por tanto, el régimen aplicable a la transformación de las entidades descentralizadas en sociedades por acciones es el de derecho privado, y específicamente el previsto en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. La aplicación de las reglas de derecho privado a las empresas en que las entidades públicas sean parte, se produce sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o actividad que realicen.”<sup>7</sup>*

De lo anterior es posible concluir que, habiéndose constituido la EMAS como una empresa de servicios públicos, los actos por ella realizados, incluido el de constitución, se regían por el derecho privado. No es entonces de recibo el argumento del demandante, según el cual, el municipio de Manizales debió haber creado esta nueva empresa a través de una licitación o invitación pública, conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993. La ley y la jurisprudencia son claras en establecer que en estos casos, el régimen jurídico aplicable es el derecho privado. Debe señalarse, además, que la prestación del servicio público domiciliario de aseo, para el que fue creada la EMAS, no estaba a cargo del municipio de manera directa, sino del establecimiento público Empresas Públicas de Manizales, ente éste que luego participó

---

7 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del cinco de agosto de 1999.

como socio accionista minoritario en la nueva empresa. Este hecho es un argumento adicional que permite demostrar que el municipio de Manizales no tenía obligación alguna de abrir una licitación pública para contratar la prestación del servicio en mención, puesto que no lo prestaba directamente. Lo anterior significa que el municipio de Manizales, que no participó en la negociación o, al menos, tal circunstancia no está acreditada en el proceso, no incumplió ninguna obligación legal. Respecto de la alegada violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, encuentra la Sala que ésta no fue de manera alguna acreditada...”.

### *Empresas de servicios públicos. Obligación de pagar cuota de auditaje*



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 06/12/2007  
Radicado: 25000-23-27-000-2002-00291-01  
Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 06/04/2006  
Radicado: 1709  
Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Lo que constituye objeto de controversia en este caso es si la actora está obligada al pago de la cuota de auditaje fijada en los actos acusados. El Tribunal, se fundamentó en dos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en los que se concluyó que las empresas de servicios públicos no están obligadas a pagar la cuota de auditaje de que trata la Ley 330 de 1996. Sin embargo, la Sala de Consulta en Concepto radicado bajo el núm. 1709 de 6 de abril de 2006, precisó:

La consulta pregunta si la ley puede ordenar el pago directo de la cuota de fiscalización o si por el contrario se limita a impartir una autorización que debe ser reglamentada por acuerdos municipales. Al respecto la Sala destaca los términos del artículo 11 de la ley 617 de 2000, que de forma imperativa establecen el deber legal a cargo de las entidades descentralizadas de sufragarla al emplear la locución **“deberán pagar una cuota de**

**fiscalización”,** mandato que descarta que se esté en presencia de una simple autorización susceptible de ser reglamentada por los concejos municipales, máxime cuando se está en presencia de normas orgánicas de presupuesto del nivel nacional.

*Naturaleza de las Empresas Municipales de Cali EICE, ESP – EMCALI.* A los concejos municipales les corresponde, en los términos del artículo 313.6 de la Carta, crear a iniciativa del alcalde empresas comerciales e industriales y conforme a la ley 489 de 1998, reguladora de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las reglas relativas al régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia constitucionalmente (parágrafo del artículo 2º). Por su parte el parágrafo 1º del artículo 68 ibídem estatuye que - en los términos del inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política - el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional es aplicable a las de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

El Capítulo X de la ley en cita, artículo 38, sobre estructura y organización de la administración pública, clasifica dentro del sector descentralizado por servicios, entre otras entidades, a las empresas industriales y comerciales del Estado (lit. b) y a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit.d), las que son enlistadas en el Capítulo XIII, artículo 68, como entidades descentralizadas. De esta manera, si bien las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado conforme a la ley 489, independientemente de esta forma de constitución, ellas conforme a este mismo estatuto constituyen un tipo específico de entidad descentralizada. De forma paralela, y dentro del mismo orden de ideas, tanto las empresas industriales y comerciales como las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos son modalidades de las empresas estatales, destinadas al cumplimiento de actividades económicas para la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución establece que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico fijado en la ley y el inciso final del

artículo 68 de la ley 489, dispone que las entidades descentralizadas sujetas a regímenes especiales por mandato de la Carta, se someten a las disposiciones que para ellas establezca el legislador. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan por las normas especiales contenidas en la ley 142 de 1994 y por la ley 489 en los aspectos no regulados por aquélla, así como por las normas que la complementen, sustituyan o adionen (art. 84). La ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, dispone:

***“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)***

***14.5 Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen el 100% de los aportes.”***

Según oficio 20061300019341 de la Jefatura de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fechado el 20 de Enero de 2006, el Municipio de Santiago de Cali es el propietario de las Empresas Municipales de Cali EICE, ESP – EMCALI – Acuerdo Municipal 034 de 1999 – circunstancia que implica que su patrimonio está constituido en su totalidad por capital público. La modalidad de organización de la misma es la de empresa industrial y comercial del Estado. De la normatividad citada y atendiendo la composición del capital, las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. ESP tienen el carácter de empresa de servicios públicos oficial que pertenecen al sector descentralizado por servicios del ente territorial mencionado.

Ahora bien, a términos del artículo 272 de la C. P. la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejerce en forma posterior y selectiva respecto de los fondos, bienes y valores públicos. El Municipio de Santiago de Cali cuenta con Contraloría Municipal. Conforme a lo antes expuesto por la Sala, las Empresas Municipales de Cali – EMCALI E.I.C.E. ESP están obligadas a pagar la cuota de fiscalización establecida en la ley 617 de 2000”.

## Empresas de servicios públicos mixtas. Naturaleza.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 16/03/2012

Radicado: 11001-03-24-000-2005-00316-00

Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E)



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 11/09/1998

Radicado: 1141

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Corresponde a la Sala precisar si una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto hace parte o no de las entidades u organismos nacionales a que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, respecto de las cuales el Presidente de la República tiene la facultad constitucional y legal para ordenar su supresión, disolución y liquidación (artículos 189 núm. 15 de la C.P. y 52 de la ley 489 de 1998). La jurisprudencia del Consejo de Estado ha ofrecido dos tesis para solucionar esta cuestión, una negativa y la otra positiva: por la primera, se ha concluido que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto no son entidades estatales y por tanto no pertenecen a la estructura del Estado, porque no se encuentran enunciadas en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, mientras que, por la segunda, se ha precisado que efectivamente tales empresas sí hacen parte de las entidades u organismos administrativos que integran la rama ejecutiva del poder público, porque, de un lado, constituyen una especie dentro del género de las sociedades de economía mixta, las cuales expresamente se incluyen dentro de la estructura del Estado (literal f del artículo 38 de la Ley 489 de 1998) y, de otro, en todo caso hacen parte de “las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público” (literal g del artículo 38 *ibídem*).

Por ser pertinente se transcriben *in extenso* a continuación las consideraciones expuestas por la Sección Tercera de esta Corporación en torno a tales posiciones,

en sentencia del 2 de marzo de 2006<sup>8</sup>, proferida en el expediente núm. 29.703, en la que se acoge la tesis positiva:

“Resulta que las partes del proceso arbitral fueron empresas de SPD, una de ellas de carácter privado -TEBSA- y, la otra, de carácter mixto -CORELCA (...), por lo que se requiere precisar, aún más, los argumentos sobre la competencia de esta Sección, tratándose de esta situación. El problema surge al considerar la naturaleza, pública o no, de las Empresas Mixtas prestadoras de SPD, pues la deducción puede incidir en la competencia de esta Sección para conocer del recurso de anulación de laudos arbitrales (...) Dos tesis se han ofrecido a solucionar este problema: negativa la una y positiva la otra.

**La tesis negativa señala que las empresas de SPD, de carácter mixto, no son entidades estatales y por tanto no pertenecen a la estructura del Estado, sencillamente porque no se encuentran enunciadas en los artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1998.** Esta posición considera que las entidades allí enunciadas son las que integran la estructura de Estado, y como quiera que sólo se mencionan las “empresas oficiales” de SPD, no las empresas mixtas -y desde luego que tampoco las privadas-, entonces éstas no integran la rama ejecutiva del poder público”. Este criterio lo comparte la Sala de Consulta y Servicio Civil -Concepto No. 1141, de septiembre 11 de 1998, CP. Augusto Trejos Jaramillo-, para quien:

“Se advierte cómo se adopta aquí un criterio legal distinto al utilizado, por ejemplo, en el régimen de contratación de las entidades estatales, en el que se tipifica como sociedades de economía mixta aquellas en las que el Estado tenga una participación superior al 50% (ley 80 de 1993, art. 2o., numeral 1o, letra a-), o al contenido en la ley comercial, en la que se califica de sociedad de economía mixta a todas las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (Código de Comercio, art. 461), sin perjuicio de que la proporción del aporte estatal al capital de la persona jurídica tenga consecuencias frente al régimen jurídico aplicable.

---

8 En la sentencia citada la Sección Tercera ratificó lo expuesto en la sentencia proferida el 1º de agosto de 2002, dentro del expediente núm. 21.041. Esta tesis positiva, consignada en la sentencia del 2 de marzo de 2006, es ratificada posteriormente por esa misma Sección en las sentencias del 27 de abril de 2006, proferida en el expediente núm. 30.096, y del 2 de agosto de 2006, proferida en la acción de grupo con radicación núm. 25000 2325 000 2004 01348 01.

Ello trae como consecuencia, frente a la legislación de servicios públicos, que sólo se tengan como empresas mixtas a aquellas con participación igual o superior al 50% y como privadas a todas aquellas en las que la participación particular sea mayoritaria. Por contraste, en la legislación general se habla de sociedades de economía mixta independientemente de la proporción del capital estatal; así mismo, no se tiene como empresa privada a aquellas sociedades donde la participación estatal exista, así ésta sea minoritaria.

Como puede apreciarse, la ley 142 de 1994 establece unas categorías especiales de personas jurídicas, frente a las normas generales de las personas jurídicas públicas. Esas nuevas categorías tienen una regulación también especial, de aplicación preferente, pues se trata de empresas de servicios públicos domiciliarios, con disposiciones ya no sólo aplicables a la naturaleza de la persona jurídica, sino referentes a su régimen jurídico, como pasa a analizarse a continuación.

...Debe tenerse presente que el anterior es el fundamento jurídico de la procedencia del control fiscal sobre las empresas mixtas de servicios públicos. No por tratarse de sociedades de economía mixta, pues como ya se analizó aquellas empresas constituyen una nueva categoría de personas jurídicas, diferenciadas de las sociedades de economía mixta reguladas por el decreto 1050 de 1968, el decreto 130 de 1976 y el Código de Comercio (art. 461)".

Este criterio fue luego ratificado por la misma Sala -Concepto No. 1171 de 28 de enero de 1999, CP. Javier Henao Hidrón- (...)

Se pregunta entonces esta Corporación: ¿si al amparo de la normatividad vigente, las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios se consideran entidades públicas de la rama ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, o por el contrario, su naturaleza jurídica corresponde a entes societarios de origen privado? (...)

Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por

lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios.

Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios, “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”. Bajo la citada premisa, y acudiendo a la interpretación por vía de exclusión, se puede concluir que las restantes tipologías de empresas de servicios públicos domiciliarios, corresponden a modalidades de personas jurídicas de derecho privado.

Esta última tesis es coincidente con los criterios referidos de la Sala de Consulta y Servicio Civil. De hecho, la Corte Constitucional cita los anteriores conceptos. Todos se sustentan y apoyan en la enumeración y consagración legal de la entidades descentralizadas en Colombia, contenida en la ley 489 de 1998. Sin embargo, la Corte agrega otra razón para llegar a la misma conclusión. Afirma que las empresas mixtas se constituyen y rigen por el derecho privado, de manera que por este motivo pueden tomarse como entidades de derecho privado.

**1.2.2. La tesis positiva, que comparte la Sala, considera que las empresas mixtas de SPD integran la rama ejecutiva del poder público, por varias razones.**

En primer lugar, porque el artículo 38 de la ley 489 establece que también hacen parte de la rama ejecutiva las sociedades de economía mixta, género al cual pertenecen las empresas mixtas que prestan SPD, pues lo esencial de ellas es que están integradas por capital público y privado, aspecto determinante para establecer su naturaleza jurídica.

En segundo lugar, porque si bien el régimen jurídico de las empresas mixtas de SPD puede ser diferente al común de las sociedades de economía mixta, esta nota particular no es la que hace la diferencia en la naturaleza jurídica de una entidad estatal. En efecto, bien pueden dos establecimientos públicos tener diferencias en su régimen jurídico, pero no por eso dejan de tener una naturaleza común. Lo propio se aplicaría a dos empresas industriales y comerciales del Estado que se distingan por algún tratamiento especial en

su régimen jurídico, sin que ello tampoco desdiga de su naturaleza jurídica común.

Este tipo de diferencias, a lo sumo, sirven para caracterizar, al interior de una misma categoría de entidades, las particularidades de unas y de otras, sin que de allí se siga que ostentan una naturaleza diferente. No entenderlo así implicaría asignarle a cada entidad que no se enmarque en un esquema común, entre una tipología de entes públicos, una categoría autónoma, en forma por demás injustificada.

En tercer lugar, también pertenecen a la rama ejecutiva del Estado las empresas mixtas de SPD, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, porque en la sentencia C-953 de 1999, dijo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 97, inciso 2, de la ley 489 de 1998, que toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concurre, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado...

### Entidades descentralizadas. Creación



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 23/09/2010

Radicado: 11001-03-24-000-2006-00021-00

Ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 22/10/2007

Radicado: 11001-03-06-000-2007-00066-00 (1844)

Ponente: Enrique José Arboleda

A partir de las ideas expuestas y teniendo cuenta que las normas acusadas se limitaron única y exclusivamente a la aprobación del programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero el Cerrejón Zona Norte, la Sala concluye que el cargo no puede ser acogido por esta Corporación, pues si se coteja el Decreto 020 de 2000 con las normas que el actor identifica como violadas, no se presenta entre ellas ningún tipo de contradicciones que deba conducir a la anulación del acto demandado. Adicionalmente, la Sala encuentra que el programa aprobado se dirige al propósito de democratizar el acceso a la propiedad, lo

cual es de suyo compatible y concordante con las orientaciones teleológicas del Estado Social de Derecho y que sirvieron de fuente de inspiración al artículo 60 constitucional y demás disposiciones legales y reglamentarias que lo desarrollan.

Independientemente de los planteamientos que anteceden, huelga traer a colación algunos apartes del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil 22 de octubre de 2007, Rad. 11001-03-06-000-2007-00066-00(1844), Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, en el cual se hace referencia a la distinción entre los actos que *“crean”* o *“autorizan la creación”* de una entidad descentralizada, en los siguientes términos:

El artículo 49 – de la ley 226 de 1995-, se refiere a la creación de organismos y entidades administrativas del nivel nacional, estableciendo que ella corresponde a la ley, pero que tratándose de las empresas industriales y comerciales, la ley puede crearlas o autorizar su creación, y **que las sociedades de economía mixta “serán constituidas” por autorización legal.** [...] (El resaltado es ajeno al texto)

[...] cuando la Constitución Política regula las competencias de los órganos plurales de elección popular en materia de estructura de la administración pública incluye la de crear todas las entidades descentralizadas, salvo las sociedades de economía mixta para las cuales pueden autorizar su constitución. Esa diferencia tiene un sentido y un procedimiento: se trate de entidades con o sin ánimo de lucro, son entidades de naturaleza societaria o asociativa, en la medida en que efectivamente se constituyen por el acuerdo de dos o más personas, sean éstas naturales o jurídicas; **ese acuerdo necesariamente debe recogerse en un contrato de sociedad o de avocación, sujeto a formalidades y requisitos que son determinantes para la existencia de la nueva persona jurídica** y para los efectos entre los socios o asociados y ante los terceros. (El resaltado es ajeno al texto)

**En el caso de las sociedades públicas o mixtas,** y de las asociaciones públicas o mixtas, ocurre igual: **su constitución no surge por el mero hecho de la autorización de la ley,** la ordenanza o el acuerdo, **sino que requiere de un acto de naturaleza contractual;** respecto de las entidades de que trata el artículo 96 de la ley 489 de 1998, el contenido de ese acto de constitución está detallado en la misma norma. (El resaltado es ajeno al texto)

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.

### *Entidades descentralizadas. Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 21/11/1991  
 Radicado: CE-SEC1-1991-N1423  
 Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 21/11/1986  
 Radicado: 076  
 Ponente: Humberto Mora Osejo

Mediante los artículos 187,6 y 197,4 de la Constitución se autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, respectivamente, para crear, a iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determinen las leyes, las cuales sólo vinieron a expedirse casi dieciocho años después de la vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 1968 que efectuó la reforma.

En efecto, se dictaron las leyes 3 y 11 de 1986 que en sus artículos 5 y 26 respectivamente, prescriben que las entidades descentralizadas departamentales y municipales “se someten a las normas que contenga la ley” y a las disposiciones de carácter local que, respectivamente, expidan las asambleas y los concejos “en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales disposiciones estas que fueron reproducidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo en aquellas leyes. Quiere decir lo anterior que los vacíos que ellas dejen en materias de entidades descentralizadas del orden local, se llenan con las disposiciones relativas a las entidades descentralizadas del orden nacional, que no son otras que las de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, dada la remisión expresa que en aquellas se contiene. Ahora bien, de acuerdo con concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación y que esta Sala comparte, los artículos 5 y 6 del Decreto Ley 1050 de 1968, ya reseñados,

“... definen los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, pero no predeterminan las actividades que correspondan a aquéllos o a éstas: porque la ley puede escoger entre ellos el más conveniente para la actividad que se trate de realizar, sin más límite que el que se deriva de la estructura constitucional del país; porque, con esta misma limitación, no existen actividades que por sí mismas, por su propia naturaleza sean, necesariamente, administrativas o comerciales y que, en su orden, exclusivamente deban cumplirse por establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado; porque, por el contrario, cada una de esas entidades puede ser creada por la ley especial que señale su objeto o finalidad y prescriba las funciones que deba cumplir; y porque la misma ley que crea la entidad define la índole o naturaleza de la actividad que le incumbe. De donde se deduce que para el cumplimiento de una determinada actividad, dentro de los límites constitucionales, la ley puede optar entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial del Estado, según se proponga realizarla, en su orden, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado.

“Lo propio sucede en los departamentos y municipios. La asamblea 608 departamental o el concejo municipal, por iniciativa del Gobernador o del

Alcalde, según el caso, dentro de los límites constitucionales, puede crear un establecimiento público o una empresa industrial y comercial, según busque realizar una determinada actividad, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado: si la primera será administrativa, si la segunda civil o comercial". (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 21 de noviembre de 1986, Ponente: doctor Humberto Mora Osejo).

### Entidades descentralizadas. Vacíos legislativos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 29/07/1987  
 Radicado: CE-SEC1-1987-N173  
 Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 21/11/1986  
 Radicado: 080  
 Ponente: Humberto Mora Osejo

No comparte la Sala la afirmación del Tribunal en cuanto concierne a la inaplicabilidad de las normas que conforman la Reforma Administrativa de 1968 y entre estas específicamente los Decretos-ley 1050 y 3130 de ese año, a las entidades descentralizadas por servicios del orden local. En jurisprudencia reiterada esta Corporación ha sostenido que a falta de norma expresa para el orden local, cabe la aplicación analógica de las preceptivas que rigen en el orden nacional respecto de la estructura, organización y régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios. En reciente concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con ponencia del honorable Consejero Humberto Mora Osejo, que esta Sala comparte en su totalidad se expone:

"No obstante que la Constitución defiere a la ley determinar las normas conforme a las cuales se puedan crear establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta departamentales y municipales (arts. 187, ordinal 6º, y 197, ordinal 4º de la Constitución), sólo las expidió al principiar el año en curso, al cabo de algo más de 18 años de vigencia del Acto legislativo número 1 de 1968 que efectuó la reforma.

"En efecto, los artículos 5º de la Ley 3ª y 26 de la Ley 11 de 1986 prescriben

que las entidades descentralizadas departamentales y municipales ‘se someten a las normas que contenga la ley’ y a las disposiciones de carácter local que, respectivamente, expidan las Asambleas y los Concejos ‘en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de estas y de sus representantes legales’. En idéntica forma el artículo 30 del Decreto - ley 467 de 1986 hace igual prescripción para las entidades descentralizadas de Intendencia y Comisarías, sólo difieren en que en este caso los órganos que pueden crearlas son, respectivamente, los Concejos intendentales y comisariales.

“Pero, como las disposiciones legales citadas en el acápite anterior nada prescriben directamente sobre las entidades descentralizadas de carácter local, sino que se remiten ‘a las normas que contenga la ley’, es claro que los vacíos legislativos pueden llenarse analógicamente, mediante la aplicación de las disposiciones relativas a las entidades descentralizadas de carácter nacional. La jurisprudencia había prohijado este criterio que, según lo explicado, aún tiene actualidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda. Sentencia del 28 de octubre de 1985, ponente doctor José Eduardo Gnecco)”. (Concepto de 21 de noviembre de 1986. Radicado bajo el número 080, publicación autorizada según Oficio número 3033 de 30 de enero de 1987. Extractos de Jurisprudencia, marzo de 1987, pág. 319);

Del texto del artículo 5º del Decreto - ley 1050 de 1968, se infiere que si bien los establecimientos públicos se crean principalmente con la finalidad de dotar de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente a una actividad que desarrolla el Estado, más exactamente a un servicio público de carácter administrativo, lo que implica su sujeción a las reglas del derecho público, ello no significa que sea ésta la única actividad a la que pueda dotarse de tal forma organizativa con el corolario necesario de la sujeción al derecho público, es decir, ello no presupone que el establecimiento público deba exclusivamente desarrollar tal tipo de actividad y no puedan atenderse por este medio otras actividades igualmente esenciales del Estado. Es el acto de creación, el estatuto orgánico de la entidad el que determina su naturaleza y por tanto su régimen jurídico. Es este el sentido de la expresión que trae el artículo citado, cuando dice: “Encargado principalmente de atender funciones

administrativas, conforme a las reglas del derecho público” y, así lo reitera el artículo 30 *ibidem* cuando dispone que el establecimiento público se ceñirá, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que lo creó y a sus estatutos.

Es en el momento de la creación de la entidad, o de su transformación si es el caso, cuando el organismo competente para ello opta por atender la actividad con sujeción al derecho público y crea en consecuencia un establecimiento público. Lo que no podría hacerse, sin violar los artículos 5° y 6° mencionados, sería crear un establecimiento público y sujetarlo al derecho privado, o a la inversa, crear una empresa industrial y comercial y someterla en su totalidad al derecho público. Y ello porque precisamente el régimen jurídico aplicable al uno y al otro es elemento diferenciador entre ellos. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en sostener que bien pueden los establecimientos públicos atender o desarrollar actividades no propias o esencialmente administrativas, como se desprende de los fallos antes citados. En el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil a que antes se hizo referencia, se expone lo siguiente, que esta Sala prohíja en su totalidad:

“Los artículos 5° y 6° del Decreto - ley 1050 de 1968, antes transcritos, definen los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, pero no predeterminan las actividades que correspondan a aquellos o a estas: Porque la ley puede escoger entre ellos, el más conveniente para la actividad que se trate de realizar, sin más límite que el que se deriva de la estructura constitucional del país; porque con esta misma limitación, no existen actividades que por sí mismas, por su propia naturaleza sean, necesariamente administrativas o comerciales y que, en su orden, exclusivamente deban cumplirse por establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado; porque, por el contrario, cada una de esas entidades puede ser creada por la ley especial que señale su objeto o finalidad y prescriba las funciones que deba cumplir; y porque la misma ley que crea la entidad define la índole o naturaleza de la actividad que le incumbe: Si establecimiento público nacional, la actividad prevaleciente será administrativa; si empresa industrial o comercial del Estado, ella será de derecho privado. De donde se deduce que para el cumplimiento de una determinada actividad, dentro de los límites constitucionales, la ley puede optar entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial del

Estado, según se proponga realizarla, en su orden, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado.

“Lo propio sucede en los departamentos y municipios. La Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, por iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, dentro de los límites constitucionales, puede crear un establecimiento público o una empresa industrial y comercial, *según busque realizar una determinada actividad*, por un procedimiento *de derecho público o de derecho privado: Si la primera será administrativa, si la segunda civil o comercial.*

“En el caso objeto de la Consulta, la Sala considera que si, el Municipio de Pereira, mediante Decreto número 90 de 25 de noviembre de 1957, organizó las empresas públicas como establecimiento público no obstante que prestan los servicios de energía, acueducto y alcantarillado, como expresa el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ello significa que *optó por prestar esos servicios por el procedimiento de derecho público, como actividad administrativa*, y no por el derecho comercial. No es la índole o naturaleza de la actividad, sino el procedimiento jurídico escogido para realizarla, el que define la entidad: *Si se la organizó como establecimiento público, como se afirma en el contexto de la consulta, subsiste como tal mientras esté vigente el acto que la creó.*”

## Entidades descentralizadas del orden distrital. Fijación de escalas de remuneración



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
 Fecha: 12/03/2015  
 Radicado: 05001-23-31-000-2006-03028-01  
 Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 11/11/1999  
 Radicado: 1220  
 Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Fecha: 18/07/2008  
 Radicado: 1393  
 Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Con este criterio y en relación con la competencia para fijar el incremento salarial de los servidores públicos de la Empresas Sociales del Estado del orden Territorial, el Consejo de Estado, en la Consulta 1220 de 1999, manifestó:

“La ley 489 de 1998, sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en el artículo 68 inciso 30. especifica que las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en dicha ley, en las leyes que las crean y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. El párrafo 1º de este artículo puntualiza que, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 210 de la Constitución, el régimen jurídico que se señala en esa ley para las entidades descentralizadas será aplicable a las de esta misma calidad en el orden territorial.

A su vez, el ordinal f) del artículo 76 ibídem considera como funciones de los Consejos Directivos de los establecimientos públicos, además de las que el mismo artículo señala, las que establezcan la ley, el acto de creación y los estatutos internos. Asimismo, el artículo 86 concreta la autonomía administrativa y financiera para las empresas industriales y comerciales del Estado, las que se ejercerán de conformidad con los actos que las rigen, y el artículo 88 señala que la dirección y administración de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente.

Finalmente, el artículo 90 en su letra c) pone como función de las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado la de “aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo”. El código de Régimen Municipal -Decreto 1333 de 1986- en los artículos 288 y 289, da como función para los concejos municipales, respectivamente, la de “... **fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleo**” y la determinación de plantas de personal de las alcaldías, secretarías y de las oficinas y dependencias. Respecto de las entidades descentralizadas municipales, el artículo 290 de este decreto especifica que las funciones a que se refieren los artículos anteriores serán cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o sus estatutos orgánicos.

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

El anterior criterio, fue reiterado por la Sala de Consulta en el concepto No. **1393** de 2002, en el cual se dijo:

“Las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden distrital tienen la potestad de fijar los emolumentos de sus empleados públicos, respetando el límite máximo salarial establecido por el gobierno mediante decreto 2714 de 2001. Las prestaciones y los factores salariales que se tienen en cuenta para efectos de su reconocimiento son los establecidos por el gobierno nacional conforme con la ley.”

---

9 Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Concepto del 18 de julio de 2008, Radicado No. 1393 M.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

## Entidades públicas. Diferencia entre relación de subordinación y relación interorgánica



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Cuarta

Fecha: 22/09/2016

Radicado: 25000-23-37-000-2014-01163-01 (21960)

Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 12/05/2005

Radicado: 1637

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Tampoco existe una relación de subordinación entre el Distrito Capital y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y, por ende, no es posible que de manera unilateral se impongan obligaciones. Al respecto, es pertinente decir que, en concepto del 12 de mayo de 2005<sup>10</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dijo:

«De lo expuesto se desprende que cuando la relación entre las entidades públicas puede ser definida como una relación de subordinación, el órgano que actúa como sujeto activo puede ejercer sus atribuciones mediante el expediente del acto administrativo, mientras que en la relación interorgánica, ninguno de los sujetos de esta relación tiene potestades sobre el otro y por lo mismo no puede expedir actos administrativos que impongan obligaciones a éste otro, pues se está en presencia de una situación de igualdad. En el primer caso, esto es cuando existe una relación de subordinación, los actos administrativos que se expidan gozan de los privilegios que le son propios, a saber: de decisión previa y de ejecución oficiosa.

[...] Así, no se observa que en el caso de las transferencias ambientales sometido a estudio de la Sala, haya una preeminencia o subordinación de las corporaciones autónomas regionales sobre los municipios, como para que proceda la expedición de actos administrativos que impongan la obligación de pago y, en consecuencia, le sea aplicable el cobro coactivo de las mismas».

10 Radicación No. 1637

## Facultad sancionatoria. Caducidad



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Salvamento de voto de Rafael Osteau de Lafont  
Fecha: 20/10/2005  
Radicado: 25000-23-24-000-2001-00314-01



### Concepto citado

Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo  
Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 25/05/2005  
Radicado: 1632  
Ponente: Enrique José Arboleda

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, disiento de lo decidido en la sentencia referenciada, mediante la cual se negó la nulidad del acto administrativo demandado, expedido por el Ministerio del Transporte, por medio del cual se resolvió imponerle a la entidad actora una multa de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 1995, equivalentes a \$17.840.025.00, siendo que ha debido declararse la nulidad de los mismos.

(...) La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación analizó de manera exhaustiva el tema de la caducidad examinada en este proceso, habiendo concluido lo siguiente:

*“La correcta interpretación de los decretos reglamentarios en materia del régimen sancionatorio del transporte. Inaplicación del principio de favorabilidad.* Ha quedado expuesto que la norma aplicable a la caducidad de la potestad sancionadora en materia de transporte es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, y que dentro de este término deben producirse y quedar ejecutoriados los actos definitivos que ponen fin al correspondiente proceso.

Como se señaló al exponer las normas que han regulado el tema, los decretos reglamentarios 1556 y 1557 de 1998, adicionaron al término de caducidad de tres años, que es el legal, la posibilidad de interrumpir la caducidad con la “notificación de la resolución de apertura de la investigación”. Estos decretos estuvieron vigentes hasta el 2003, con la expedición del decreto 3366 de 2003, reglamentación que rige actualmente, la cual consagra el mismo término de caducidad del Código Contencioso Administrativo. De lo expuesto surgen estas conclusiones:

- a. Que la interrupción de la caducidad contemplada en los decretos reglamentarios citados, contraría el artículo 38 del C.C.A; y,
- b. Que para los procedimientos en curso sobre faltas cometidas durante la vigencia de los decretos 1556 y 1557 de 1998, debe tenerse en cuenta el término de caducidad de tres (3) años sin que exista causal de interrupción de la misma.

Para la Sala es claro que existe un solo término para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en materia del transporte, de tres años como ha quedado dicho, por lo cual los decretos reglamentarios citados al contrariar la norma legal contenida en el artículo 38 del código contencioso administrativo, no pueden aplicarse, ni tampoco puede predicarse que sean reglas jurídicas más o menos favorables a los administrados, pues se insiste, en régimen es uno solo. Se reitera que el código contencioso administrativo es la regla común aplicable a todos los procedimientos y actuaciones administrativos, y que es de la esencia de los reglamentos integrarse a las normas reglamentadas para conformar una unidad lógica, de suerte que si los primeros contrarían las segundas, y no es posible obtener esa unidad de sentido, debe preferirse la aplicación de las reglas de rango legal, excluyendo las de carácter secundario.

(...) Con base en los anteriores razonamientos, la Sala responde:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, dentro los tres (3) años siguientes a la comisión de la infracción, previstos por el legislador como término de caducidad de la facultad sancionadora, la administración deberá proferir, notificar y agotar la vía gubernativa, del acto administrativo que impone una sanción. En consecuencia, si el término previsto en el citado artículo ha transcurrido sin que se haya dictado y ejecutoriado el acto que le ponga fin a la actuación administrativa correspondiente, la administración habrá perdido competencia para pronunciarse al respecto.

Si la administración consideró interrumpidos los términos de caducidad con la notificación de la resolución de apertura de la investigación en las acotaciones administrativas sobre infracciones a las normas de transporte iniciadas en vigencia de los decretos 1556 y 1557 de 1998, y dejó transcurrir los tres (3) años señalados en el artículo 38 del C.C.A., sin contar con una decisión ejecutoriada, deberá concluir su actuación. Esto implica declarar la caducidad de oficio o a petición de parte, para lo cual, contará el tiempo transcurrido a partir de la comisión de la falta. El mismo

término de caducidad de la acción opera respecto de las investigaciones que se adelantan con base en el decreto 3366 de 2003. En relación con las investigaciones iniciadas en vigencia del decreto 1927 de 1991, en las cuales, la administración dejó vencer el término de caducidad de seis (6) meses, previsto en dicho decreto, sin una decisión en firme, se deberá declarar de oficio la caducidad.”<sup>11</sup>

### *Funciones presidenciales. Delegación*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 15/05/1968

Radicado: CE-SEC1-1968-05-15

Ponente: Jorge De Velasco Álvarez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 26/05/1966

Radicado: CE-SC-1966-05-26

Ponente: Guillermo Gonzalez Charry

Ante la discrepancia de opiniones que este problema ha suscitado, vale la pena resaltar dos consideraciones: la primera, relativa al hecho de que de acuerdo con el ordenamiento institucional colombiano a la Corte Suprema de Justicia corresponde la guarda de nuestra Carta fundamental; la segunda, consistente en que, según el artículo 31, ordinal 2º, del C. J. (Ley 105 de 1931) corresponde a la misma Corte “llamar al funcionario que deba reemplazar al encargado del poder ejecutivo en los casos previstos por la Constitución”. Desde luego, es obvio que la Corte no ejerce la primera de aquellas atribuciones mediante opiniones o conceptos, sino a través de decisiones jurisdiccionales. Mas no puede menospreciarse el hecho de que dicha alta corporación, en las ocasiones que se han recordado, haya expresado un criterio que por aquella circunstancia tiene una alta significación y constituye preciosa guía hacia una cabal interpretación del espíritu de la Carta en un caso como el presente. Por si esto fuere insuficiente, cabe agregar que a la doctrina de la Corte adhirió el propio Consejo de Estado cuando el Gobierno le consultó la misma cuestión del Designado, con motivo de un proyectado viaje a la República Argentina del entonces Presidente de la República, doctor Guillermo León Valencia:

<sup>11</sup> Concepto de 25 de mayo de 2005, Radicación 1632, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo

“Cuando el Congreso elige Designado -dijo entonces la Sala de Consulta- procede a sabiendas de que está proveyendo potencialmente la Presidencia de la República, y en ese entendimiento tiene en cuenta las calidades y condiciones del elegido. En cambio, cuando el Presidente nombra Ministros y Gobernadores atiende particularmente la situación política del momento y busca rodearse de buenos gestores para los distintos frentes de la Administración”.

“Para el Designado el ejercicio del mando es misión única y principal, llegado el caso; para un Ministro o un Gobernador es función circunstancial. De ahí por qué el propio artículo 125 que se comenta, y que se repite, es el 124 de la Codificación anterior, y corresponde al 26 del Acto legislativo número 3 de 1910, dé entrada a los Ministros y Gobernadores a la sucesión presidencial sólo ‘a falta de Designado’.

Y más adelante se agrega:

“La verdadera función del Designado es la de ejercer el Poder Ejecutivo en defecto del Presidente de la República. Es un suplente del primer mandatario, y el ejercicio de cualquiera otra clase de atribuciones tiene carácter modificable, sin alterar la esencia”. Por eso dice el artículo 124 de la Carta: “El Congreso elegirá cada dos años un Designado, quien reemplazará al Presidente en caso de falta de éste....”.

De manera que por los antecedentes y los conceptos citados puede afirmarse que en el país, al menos desde el año de 1936 hasta el año de 1967, había existido una especie de constante histórica y doctrinal sobre el hecho de que la salida del país de un Presidente, así sea con su investidura y para cumplir en el exterior funciones de Jefe de Estado, crea una falta interna que debe ser transitoriamente suplida por el Designado o por el Ministro (hoy del mismo partido político) a quien ello corresponda dentro de la precedencia establecida por la ley.

Por lo demás, el propio Gobierno actual, al solicitar la opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, planteó la posibilidad de seguir el mismo sistema, preguntando si el funcionario que ejerciera las funciones distintas a las de Jefe de Estado que iba a cumplir en el extranjero el Presidente de la República adquiriría este último carácter, o si sus atribuciones serían simplemente las de orden administrativo que no pudiera ejercer el titular ausente y si la persona que desempeñara

dichas funciones debería tomar posesión del cargo de Presidente de la República para ejercerlas. De manera que aunque en la citada consulta se preguntó también sobre la otra alternativa, no puede desconocerse el hecho de que al indicar como viable el primer procedimiento, el Presidente manifestaba tácitamente, por conducto de su Ministro de Gobierno, la intención de someterse eventualmente a él, como lo hicieron sus antecesores en circunstancias análogas. Mas la forma como fue absuelta la consulta, que esta Sala respeta, pero no comparte, determinó que las cosas ocurrieran del modo que ha dado lugar a la demanda que se falla.

Se ha combatido lo que pudiéramos considerar como interpretación o solución tradicional colombiana, que este fallo prohija y ratifica, con el argumento de que resulta absurdo propiciar una tesis que conduce al insólito fenómeno de dos Presidentes en ejercicio. Este razonamiento fue contemplado y en parte refutado en el ya citado salvamento de voto del Consejero doctor González Charry, en cuanto explica que la asunción de los poderes presidenciales no delegables, mediante posesión del mando, constituye simplemente un caso de cooperación en la función administrativa que si se interpreta por algunos como un extraño hibridismo resulta de la propia Carta y que, por lo demás, nunca ha lesionado hasta ahora los intereses del país.

Juzga la Sala pertinente reiterar que la misma Constitución contempla otro caso de colaboración del Designado al ejercicio de las funciones presidenciales cuando, en el ordinal 8º del artículo 120, preceptúa que si el Presidente titular estima conveniente dirigir operaciones de guerra en su carácter de Jefe de los Ejércitos de la República y ejerce el mando militar fuera de la capital, debe quedar el Designado encargado de los otros ramos de la administración. No podrían los sostenedores de la pretendida dualidad restarle fuerza al argumento con la excusa de que se trata de un caso excepcional, pues la premisa mayor de su razonamiento estriba en la imposibilidad de que sea consumado el llamado fenómeno de los dos mandatarios. Se comprende así como en la consulta sometida por el actual Gobierno a la Sala de Consulta y Servicio Civil se admitiera expresamente que:

“La norma constitucional más próxima es la del numeral 8º del artículo 120, según la cual cuando el Presidente de la República ejerce el mando militar fuera de la capital quedará el Designado encargado de los otros ramos de la administración”.

La doctora Aydee Anzola Linares, Fiscal Cuarto del Consejo, al rendir su concepto de fondo hizo un juicioso estudio del problema. En su vista transcribe una parte de la consulta que el Consejo absolvió y de la que se viene hablando. Aunque la Fiscalía hace salvedades a la tesis, para la Sala no las tiene porque enmarca el caso discutido dentro de la más rigurosa ortodoxia. Dijo así el Consejo:

“Quién debe reemplazar al Presidente en caso de que, con permiso del Senado, salga del territorio nacional con el propósito de visitar un país amigo? Es sabido que el Jefe del Estado puede faltar temporal o absolutamente cuando ocurre uno de los hechos señalados en el último inciso del artículo 125 de la Constitución, esto es, su muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente, y el abandono del puesto, declarados estos dos últimos por el Senado, norma que, como se dijo al examinar el primer punto de la consulta, se encuentra vigente. Falta temporalmente cuando se retira transitoriamente del cargo, esto es, cuando solicita y obtiene ‘licencia temporal para dejar de ejercerlo’, según las voces del artículo 123, por motivos a él reservados, ya que la Carta no los reglamenta, y de otra parte el Capítulo y, artículos 291 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal, tampoco los define y se limita a dar a la licencia el carácter de un derecho y a permitir su prórroga ‘si concurre justa causa’. En los dos casos el Presidente deja su investidura, pues en tanto permanezca retirado del empleo, ninguna función que a él sea inherente puede desempeñar. Más si no pierde su investidura, como evidentemente no la pierde en el caso llamado a consulta, ¿cuál es la situación que se produce? Simplemente, a mi juicio, una ausencia transitoria del territorio nacional en ejercicio de funciones, que determina una falta física, que no jurídica, para desempeñar algunas de ellas. Punto es éste en que se comparte la tesis de la Corte Suprema de Justicia, expuestas por varios Magistrados de ella bajo la ponencia del doctor Miguel Moreno Jaramillo, y conforme a la cual ‘se produce un caso sui-generis de falta temporal’, consecuencia obligada del hecho de que el Presidente viaja en calidad de soberano. (Transcripción tomada de la Gaceta Judicial, Tomo XLIII, Pág. 14).

“Los tiempos actuales no permiten dogmatizar acerca de cuáles son las funciones que el Presidente puede desempeñar mientras, con permiso del

Senado, se halla en el exterior. Los imperativos actuales, el desarrollo y la transformación de las relaciones internacionales, los modernos fenómenos económicos de cooperación e integración y la práctica desaparición de las distancias, han demostrado que es posible y frecuente que el propio Presidente ejerza en estos casos de modo directo numerosas funciones cuyos resultados se producen tanto en el exterior como en su propio territorio, y al mismo tiempo conserve en todo momento el control de éste, como suprema autoridad política que es dentro de él. De ahí por qué resulte igualmente exagerada la tesis de que cuando viaja el Jefe del Estado en misión de esta índole, no conserve la soberanía inmanente ni la transeúnte, y la de que, para que pueda salir y fungir el Designado, debe pedir y obtener licencia para separarse del empleo, y ‘recibir del Designado la simple investidura de Agente Diplomático, pues ambas, a una, conducen a hacer desaparecer la representación inmediata y directa que del Gobierno y del Pueblo pertenecen al Jefe del Estado con la majestad e importancia política que ella supone y con las consecuencias que de tenerlas se buscan. Se trata, pues, repito, de una ausencia temporal con carácter oficial, producida con autorización del Senado, y por lo mismo sin incurrir en la responsabilidad señalada por el artículo 128 de la Carta.

“Pero como el comando de la Nación no puede tener solución de continuidad, aun dentro de la situación excepcional que se analiza, la Constitución provee a su ejercicio en lo que transitoriamente el Titular no puede hacer, mediante el Designado, en primer término, es decir, por medio de un funcionario del mismo rango del Presidente. Es esta en mi concepto la razón de que el artículo 126 de la Carta disponga que ‘el encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña’. Es preciso que la Nación, cuando en casos como el consultado ve partir a su máximo representante en función oficial, vea también que no quede desamparada y que a su frente se encuentra un funcionario con plenos poderes para ayudarla”.

## Humedales. Régimen jurídico.

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 31/10/2002 Radicado: 25000-23-24-000-2000-0297-01 (7349) Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 28/10/1994 Radicado: 642 Ponente: Javier Henao Hidrón
<b>Otras sentencias que citan el mismo concepto</b> 25000-23-26-000-2003-00610-01(32713), 63001-23-31-000-2012-00032-01, 63001-23-31-000-2012-00032-01	

En relación con la competencia de los Municipios para declarar como reserva ambiental natural los humedales, la Sala considera pertinente transcribir apartes del Concepto de 28 de octubre de 1.994 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado 642, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón, que resolvió la consulta presentada por el Ministro de Gobierno a petición del Alcalde Mayor de Bogotá, sobre la calificación y tratamiento jurídico que se le debe dar a los bienes inmuebles que en el lenguaje popular se denominan humedales:

“Otro instrumento jurídico que es viable utilizar para velar por el cumplimiento oportuno y eficaz de los fines naturales que corresponden a los humedales, es la declaratoria de reserva ecológica o ambiental, que tiene por objeto la restricción del uso de particulares de una porción determinada o la totalidad de un recurso natural renovable, ya sea de propiedad pública o privada. A dicha medida protectora se refiere el Decreto - Ley 2811 de 1974 o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, según el siguiente precepto: ‘Art. 47...

“Por su parte, la Ley 99 de 1993 que crea el Ministerio del Medio Ambiente y organiza el Sistema Nacional Ambiental, confiere atribuciones especiales a los municipios y a los distritos para los efectos previstos en su artículo 65, numerales 1,6 y 7, relacionados con la elaboración de planes y programas ambientales, el control y vigilancia del medio ambiente y de

los recursos naturales renovables, y la ejecución de obras y proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua.

“Específicamente, el Decreto - Ley 1421 de 1993, por el cual se extendió el Estatuto para Bogotá, señala que corresponde al Concejo Distrital, de conformidad Constitución y la ley. “Dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente “ (artículo 12, numeral 7). (...) LA SALA RESPONDE:

“1. Dadas sus características y funciones naturales, los humedales son bienes de uso público, salvo los que formen parte de 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.

“2. 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. (...)

“5. Para velar por el cumplimiento oportuno y eficaz de los fines 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 (art. 47), la Ley 99 de 1993 (art. 65) y el Decreto 1421 del mismo año (art. 12, numeral 12)”.

## Infraestructura aeronáutica. Naturaleza jurídica de sus bienes



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 29/10/14  
 Radicado: 25000-23-26-000-2001-01477-01 (29851)  
 Ponente: Enrique Gil Botero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 05/12/2002  
 Radicado: 1469  
 Ponente: Susana Montes de Echeverri

En tratándose de los “aeropuertos y demás bienes que forman parte de la infraestructura aeronáutica de propiedad de la Nación” el Consejo de Estado se pronunció distinguiendo los bienes que la integran, de acuerdo con su uso o destinación:

En el concepto No. 1469 de 2002, se determinó que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil estaba excluida de la contribución de valorización, en la medida que consideró que la Nación no es sujeto del impuesto sobre los bienes de uso público<sup>12</sup>, no obstante lo cual se advirtió la posibilidad de que los bienes “destinados

12 En relación con el impuesto predial, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 19 de abril de 2007, radicación número: 88001-23-31-000-2002-00158-01(14226), actor: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – Aerocivil, demandado: Secretaria de Hacienda del Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina, estimó que la referida Unidad no era sujeto del impuesto predial, por razón del artículo 61 de la Ley 155 de 1985. En esa oportunidad se refirió tangencialmente a la posibilidad de bienes fiscales dentro del aeropuerto público:

*No obstante, los aeropuertos, en general, son bienes de uso público, que no se encuentran gravados con el impuesto predial, puesto que su uso pertenece a todos los habitantes del territorio (artículo 674 del Código Civil). Lo anterior, porque los aeródromos públicos, que son las superficies destinadas a la llegada y salida de aeronaves (artículo 1809 del Código de Comercio), son para uso público (artículo 1811 ibidem). Además, el transporte aéreo es un servicio público esencial (artículo 68 de la Ley 336 de 1996). Los bienes de uso público son aquellos de propiedad pública, administrados por el sujeto público titular del derecho de dominio para el uso y goce de la comunidad.// De otra parte, el aeropuerto en mención no es bien fiscal, como lo sostuvo la parte demandada y lo pretendió acreditar con el oficio del Agustín Codazzi, aportado irregularmente en la segunda instancia, porque no encuadra dentro ninguno de los eventos del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo. Por lo demás, aun en el caso de que en el aeropuerto público existan áreas que son bienes fiscales, la actora, en su carácter de unidad administrativa especial, no es sujeto pasivo del impuesto predial, puesto que, se repite, sólo son sujetos pasivos de dicho tributo los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 61 de la Ley 55 de 1985.” (La negrilla no es del texto).*

Igualmente en materia del impuesto de industria y comercio la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 6 de agosto de 2009, radicación 76001233100020020094201, número interno 176728,

al funcionamiento de actividades comerciales paralelas a la actividad misma del servicio de transporte aéreo” se encuentren en manos de particulares<sup>13</sup>, caso en el cual podrían ser gravados, según el concepto del Consejo de Estado:

“Así las cosas, la Sala estima que siendo los aeropuertos y los bienes inmuebles que forman parte de la infraestructura aeronáutica, bienes de uso público por destinación, se encuentran por disposición expresa “excluidos” de la contribución de valorización. No sucede lo mismo respecto de bienes inmuebles que también forman parte del patrimonio de la Unidad Administrativa Especial, **destinados al funcionamiento de actividades comerciales paralelas a la actividad misma del servicio de transporte aéreo** como tampoco con los bienes que no obstante, se adquirieron con la finalidad o vocación de ampliar la infraestructura aeronáutica no han sido aún incorporados a la misma.”

(...) **Los aeropuertos y demás bienes que forman parte de la infraestructura aeronáutica de propiedad de la Nación**, Unidad

---

demandante Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, demandado Municipio de Palmira, concluyó que la prestación de los servicios aeronáuticos y aeroportuarios por parte de la referida Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, corresponde al ejercicio de funciones públicas, razón por la cual no se encuentran dentro de los supuestos de la Ley 14 de 1983 y en este sentido no generaban impuesto de industria y comercio.

- 13 En la misma forma que la Corte Constitucional declaró exequible la referencia a los bienes públicos en manos de particulares, contenida en parte final del artículo 6 de la Ley 782 de 2002.

Recientemente la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 2014, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicación: 23001-23-31-000-2009-00173-01 (19561), demandante: Universidad de Córdoba, demandado: Municipio de Montería, realizó una precisión jurisprudencial en relación con el impuesto predial, utilizando en la consideraciones el concepto de los bienes públicos *explotados económicamente por particulares*, con base en las disposiciones de las últimas reformas tributarias:

*“Actualmente, la Sección, con fundamento en una interpretación amplia del artículo 61 de la Ley 55 de 1985, (...), ha optado por sostener que las propiedades públicas de naturaleza fiscal y aquellos bienes de uso público explotados económicamente por particulares, son sujetos pasivos del impuesto predial, dada la intención del legislador de 1985 y la nueva estructura del Estado.// La regla general hoy, es que están gravados con el impuesto predial los siguientes bienes:*

*a) Los inmuebles de los particulares.*

*b) Los inmuebles de naturaleza fiscal, incluidos los de las entidades enumeradas en el artículo 61 de la Ley 55 de 1985 (...).*

*c) Los bienes de uso público que sean explotados económicamente, se encuentren en concesión y/o estén ocupados por establecimientos mercantiles, en los términos del artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, modificado por la Ley 1607 de 2012, ya que sobre ellos se ejerce una actividad con ánimo de lucro.”* (Se destaca la negrilla para el propósito de este análisis).

Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, **en tanto por su destinación son bienes de uso público** se encuentran excluidos de la contribución de valorización y del pago de impuesto predial unificado. En consecuencia, la Nación - UAEAC - no es sujeto pasivo de los citados tributo y contribución respecto de los bienes de uso público de su propiedad, **a menos que dichas bienes se encuentren en manos de particulares y que el respectivo concejo municipal o distrital los haya gravado en forma expresa.**

**Sobre los bienes fiscales poseídos por el Estado y administrados por la UAEAC en las mismas condiciones que lo harían los particulares,** sí está obligada a pagar el impuesto predial y la contribución de valorización. En consecuencia y para tal fin, deberá determinar el área que constituye bien fiscal explotable así como su avalúo, separándolo de los bienes de uso público, y así sobre ellos liquidar el impuesto y contribución correspondientes.<sup>14</sup> (La negrilla no es del texto).

Con apoyo en la cita del concepto anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil se refirió a los **“locales comerciales en los cuales se prestan servicios conexos con el transporte público”**; los cuales identificó como **bienes fiscales**, así:

“En este orden de ideas, las bodegas que se utilizan para almacenar la carga o el equipaje de los pasajeros que son utilizadas por las empresas de transporte, y las zonas de talleres que se explotan comercialmente, **los inmuebles que se destinan a la prestación de servicios comerciales conexos con el transporte en las estaciones férreas -de restaurante, tiendas, etc., locales-, no participan de las mismas características que tienen los corredores férreos, los que por su destinación y naturaleza son bienes fiscales** con un tratamiento impositivo distinto, al de los de uso público, como se explicará más adelante<sup>15</sup>.” (La negrilla no es del texto).

---

14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Susana Montes de Echeverri, diciembre 5 de 2002, radicación número: 1469, actor: Ministro del Interior, referencia: bienes de uso público. infraestructura aeroportuaria: contribución de valorización e impuesto predial.

15 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, sentencia de abril 19 de 2005, radicación número: 1640, actor: Ministro de Transporte, referencia: Infraestructura Férrea: naturaleza jurídica de los bienes que la integran. contribución de valorización e impuesto predial. bienes de uso público.

En providencia reciente, también en relación con los corredores férreos, la Sección Primera del Consejo de Estado citó los conceptos No. 1649 de 2002 No. 1640 de 2005 proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil y reiteró la naturaleza de bienes de uso público de los inmuebles que se hallen vinculados al servicio público de transporte, mediante la cita referida a los bienes destinados a los servicios comerciales conexos. En dicha sentencia se confirmó la nulidad de los actos mediante los cuales se declaró la expropiación por vía administrativa de los inmuebles ubicados en el corredor férreo de propiedad de Ferrocarriles Nacionales en Liquidación (Ferrocarriles de Colombia) por razón de la regla general del uso público que afecta a dichos bienes, sin dejar de advertir que en cada caso se debe determinar la naturaleza y destinación del bien, para efectos de establecer la protección sobre el mismo: “Así pues, los bienes inmuebles que conforman el corredor férreo, sus zonas anexas, contiguas o de seguridad, se clasifican como bienes de uso público mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte ferroviario y, por ende, resultan ser inembargables, inenajenables e imprescriptibles. No obstante y como bien se precisó, para determinar si un bien es o no de uso público afectado a la infraestructura férrea, se deberá determinar en cada caso de acuerdo con la naturaleza y destinación del mismo (...)”<sup>16</sup>. (La negrilla no es del texto).

---

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia de 12 de junio de 2014, radicación No. 660012331000 20030067801, recurso de apelación contra la sentencia de 26 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, actor: Procurador Judicial en Asuntos Administrativos No. 37.

## Infraestructura ferroviaria. Naturaleza jurídica de sus bienes y del corredor férreo.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 12/06/2014  
 Radicado: 66001-23-31-000-2003-00678-02  
 Ponente: Enrique Gil Botero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 19/04/2005  
 Radicado 1640  
 Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
 66001-23-31-000-2003-00678-02

La diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales ha estado tradicionalmente apoyada en el régimen jurídico que ostentan cada una de esas clases de bienes: el derecho público para los bienes de uso público y el derecho privado para los bienes fiscales, en éste último caso existe una asimilación de la propiedad de las entidades públicas sobre el bien a la propiedad que tienen los particulares sobre sus propios bienes, como se anotó.

Se ha precisado en reiteradas oportunidades<sup>17</sup> que si bien la progresiva ampliación del derecho administrativo ha generado que se pierda la nitidez de la frontera entre el derecho público y el derecho privado como criterio diferenciador de esas dos clases de bienes, también lo es que cada día aumenta la aplicación de normas de derecho público a los bienes de carácter fiscal, resaltando que los bienes de uso público se caracterizan por estar fuera del comercio y por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. La jurisprudencia ha sido consecuente con tal consideración desde hace ya más 60 años. En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de septiembre de 1940, expuso que *“los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción*

17 Véase entre otras la sentencia del 24 de julio de 1990. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

*en el uso público*". Ahora bien, en lo atinente a la naturaleza jurídica del corredor férreo y demás bienes que conforman la infraestructura ferroviaria, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto rendido el 19 de abril de 2005 precisó lo siguiente:

**Naturaleza jurídica del corredor férreo y demás bienes que conforman la infraestructura ferroviaria. Marco constitucional y legal, y evolución normativa.**

**Artículo 63 de la Carta Fundamental**, señala: "los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

**Artículo 102 ibídem**: "El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación"

**Artículo 674 del Código Civil**: son bienes de uso público aquellos cuyo "uso" pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos; se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio. Lo anterior, en contraposición con los denominados bienes fiscales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

**Ley 76 de 1920**, por la cual, se reguló la policía de ferrocarriles, al establecer algunas de las normas de seguridad para la operación del modo de transporte ferroviario, señala que las **vías, las dependencias de la vía, y los rieles, así como, los puentes destinados exclusivamente al transporte férreo, así como, las estaciones y bodegas, son bienes que forman parte de la infraestructura ferroviaria**, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Es prohibido a los particulares estacionarse en la **vía de un ferrocarril**, situarse en estaciones a una distancia de los **rieles** menor de dos metros, ocupar la zona con animales, depósitos de carga o cualesquiera otros objetos, embarazar de otra manera el tránsito libre de trenes, **transitar por los puentes destinados exclusivamente al servicio de las empresas férreas**, y tocar las agujas de las palancas de los apartaderos y los demás elementos que sirvan para comunicar señales. (...)"

"Artículo 3º. En los terrenos contiguos a la zona del ferrocarril no podrán ejecutarse, a una distancia de menos de veinte metros a partir del **eje de la vía**, obras que perjudiquen la solidez de ésta, tales como excavaciones, represas, estanques, explotación de canteras y otras semejantes.(...)"

"Artículo 8º. Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener **la vía**

**debidamente cercada**, a uno u otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. (...)

“Artículo 9º.- **Las estaciones y dependencias de la vía férrea** deberán mantenerse en buen estado de servicio para que la circulación del público sea fácil y segura.

“Artículo 18.- Toda empresa deberá ejecutar con regularidad, exactitud y cuidado el transporte de las mercancías, animales, etc., que se le confiaren; deberá tener **bodegas adecuadas para el recibo de carga que requiera para el transporte**; no podrá rehusar el recibo, sino en los casos en que los reglamentos respectivos hubieren establecido exenciones. La responsabilidad de la empresa principia desde el momento en que el empleado al servicio de ella recibe las mercancías, equipajes y demás objetos, y no termina sino cuando salgan los artículos de la estación de su destino.”

**Decreto 1075 de 1954**, elevado a la categoría de ley por la ley 141 de 1961 y por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el ramo de ferrocarriles, otorgó a las líneas de éstos, el carácter de **vías** arterias destinadas al servicio público, y al efecto dispuso:

“Artículo primero.- Declárense vías arterias principales con todos los derechos y preferencias que corresponden a estas vías, **las líneas de los ferrocarriles de servicio público**.

“Artículo sexto.- Siempre que se pretenda establecer un cruce de una vía o calle pública, con las **líneas férreas de servicio público**, la entidad que la construya debe obtener el correspondiente permiso de la empresa férrea y el cruce se establecerá de acuerdo con las exigencias que fijen los ferrocarriles.”

**Ley 21 de 1988**, por la cual se adoptó el programa de recuperación del servicio público de transporte ferroviario nacional y se autorizó la creación de Ferrovías, establece en forma clara que los bienes que se transfirieron en virtud del mismo a Ferrovías, son bienes de **uso público y fiscales**.

“Artículo 3º.- Se sujetarán a las normas prescritas por el programa de recuperación, **las líneas férreas** que actualmente conforman **el sistema de transporte ferroviario nacional, las instalaciones, edificaciones, lotes de terreno, corredores férreos y demás bienes de uso público y fiscales de propiedad** de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y **los demás**

**complementarios que se destinen a la prestación del mencionado servicio público de transporte;** los créditos, derechos, participaciones y demás activos que pertenecen a la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia o a las entidades encargadas de la prestación del servicio.”

**Ley 9ª de 1989**, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, en el artículo 5º al definir lo que se entiende por espacio público, establece claramente, que las **vías son bienes de uso público que forman parte del espacio público, en tanto, están afectas a satisfacer necesidades colectivas.**

**Decreto ley 1588 de 1989**, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en virtud de la ley 21 de 1988, que creó **como empresa industrial y comercial del Estado la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- hoy en liquidación**, al determinar el objeto y el patrimonio de la empresa, menciona entre los bienes que hacen parte de la misma, la red férrea, sus anexidades, los puentes, estaciones y demás instalaciones útiles a sus fines.

**Decreto ley 1588 de 1989** - de creación de Ferrovías-, en concordancia con el decreto **1915 de 1995** -estatuto de Ferrovías-, prevé en el artículo 10 que las anexidades forman parte del corredor férreo, y que junto con éste y los demás bienes conforman el patrimonio de la empresa:

“Artículo 22.- El patrimonio de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías- estará constituido por: a) **La zona o corredor férreo con sus anexidades** y los demás bienes muebles e inmuebles transferidos por la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia o los que le transfiera a la Nación o cualquier entidad oficial;

**Ley 105 de 1993**, al clasificar las líneas férreas de propiedad de la Nación como parte de la infraestructura de transporte, también, incluye la zona que ocupa la línea férrea y las de señalización y control de tránsito como necesarias para la operación de la vía.

“Artículo 12. **Definición e integración de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación.** Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, **aquella de su propiedad que cumple la función básica de**

**integración** de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países. Esta infraestructura está constituida por:

“1. La red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización, (...) que se define de acuerdo con los siguientes criterios

(...) 4. **Las líneas férreas de propiedad de la Nación, que incluye su zona, señalización e infraestructura para el control del tránsito”.**

**Ley 336 de 1996**, en el capítulo quinto relativo al transporte ferroviario, además de señalar que éste es un servicio público, establece que la infraestructura férrea podrá ser entregada en concesión a los particulares.

**“Artículo 80.- El modo de Transporte Ferroviario, además de ser un servicio público esencial**, se regula por las normas estipuladas en esta ley y las normas especiales sobre la materia”.

**“Artículo 81.- La infraestructura férrea podrá ser concesionada** en los términos de las normas vigentes y el concesionario tendrá bajo su responsabilidad efectuar la rehabilitación, mantenimiento, conservación, control, operación y prestación del servicio público de transporte.

**Norma técnica. Ferrovías NT-001.-** Para la instalación de tuberías que crucen la vía férrea, contiene algunas definiciones que resultan útiles para identificar los bienes que forman parte de la infraestructura férrea.

**“Zona de Seguridad Férrea.-** Zona que delimita la franja necesaria para operación segura y normal del ferrocarril.

**“Corredor Férreo.- Zona con la vía férrea y sectores aledaños para operación y manejo de propiedad de la empresa.**

**Ley 769 de 2002**, clasifica en el artículo 105, dentro de **las vías, a las de carácter férreo**, con el fin de otorgarles una prelación para el manejo del tránsito.<sup>18</sup>

Se desprende del contenido de las normas transcritas que los bienes que forman parte de la infraestructura ferroviaria recibidos por la empresa industrial y comercial del Estado -Ferrovías- comprenden bienes patrimoniales o fiscales y bienes de uso público. Para efectos de la consulta, **solo estos últimos -**

---

18 “Art. 105. Clasificación de vías. Para efectos de determinar su prelación, las vías se clasifican así:  
1. Dentro del perímetro urbano: Vía de metro o metrovía, Vía troncal **Férreas** 2. En las zonas rurales: **Férreas**, Autopistas, Carreteras principales, Carreteras secundarias (...)”.

**por su naturaleza, destinación y afectación al uso común** - serán objeto de estudio, para lo cual se tomarán como antecedentes los parámetros identificados por la Sala en los conceptos Nos. 1469 de 2002 - naturaleza jurídica de los bienes que forman parte de la infraestructura aeroportuaria - y 1484 de 2002, a cuyo tenor los corredores férreos con sus anexidades, son bienes de uso público. Dijo la Sala:

“Del análisis de las características del corredor férreo, la Sala concluye que éste junto con sus anexidades, son bienes de uso público, por las razones que a continuación se exponen:

“El corredor férreo forma parte de la infraestructura vial y de transporte de propiedad de la Nación, por lo tanto, es un bien que se encuentra afecto al uso público o colectivo, independientemente del sistema de operación o explotación que se establezca. Su destinación al uso común está directamente relacionada con el ejercicio de la actividad de transporte que por su naturaleza es un servicio público. El corredor férreo y sus anexidades están fuera de la actividad mercantil y por lo tanto, son inembargables, inalienables e imprescriptibles.

“En este orden de ideas, los bienes inmuebles que conforman el corredor férreo, sus zonas anexas, contiguas o de seguridad, se clasifican como bienes de uso público mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte ferroviario.”<sup>19</sup>

**Las razones expuestas en el concepto citado, resultan suficientes para reiterar la naturaleza de bienes de uso público de los corredores férreos, sus anexidades, zonas de seguridad y de señalización para la operación segura de este modo de transporte,** que Ferrovías en liquidación debe entregar al Instituto Nacional de Vías.

“...De lo anterior se concluye que para efectos de la consulta deben ser considerados bienes de uso público que forman parte de la infraestructura ferroviaria, los campamentos, patios de maniobras y lotes de terrenos contiguos con la vía férrea que se requieran para la seguridad de la misma, al igual que el corredor férreo propiamente tal. No sobra reiterar que dichos

---

19 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1484 de 2002.

bienes por su naturaleza son inembargables, inenajenables e imprescriptibles, pues de su disponibilidad depende la viabilidad de la operación del corredor férreo. No obstante, **la enumeración hecha es enunciativa y ante la inexistencia de una clasificación vinculante, para determinar en cada caso si se trata de bienes de uso público afectos a la infraestructura férrea, deberá estarse a la naturaleza y destinación del inmueble.** En este punto, vale la pena tener en cuenta la salvedad que con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, hizo la Sala, al referirse al caso de la infraestructura aeronáutica, según la cual:

“No sucede lo mismo respecto de bienes inmuebles que también forman parte del patrimonio de la Unidad Administrativa Especial, destinados al funcionamiento de actividades comerciales paralelas a la actividad misma del servicio de transporte aéreo como tampoco con los bienes que no obstante, se adquirieron con la finalidad o vocación de ampliar la infraestructura aeronáutica no han sido aún incorporados a la misma.”

En este orden de ideas, las bodegas que se utilizan para almacenar la carga o el equipaje de los pasajeros que son utilizadas por las empresas de transporte, y las zonas de talleres que se explotan comercialmente, los inmuebles que se destinan a la prestación de servicios comerciales conexos con el transporte en las estaciones férreas -de restaurante, tiendas, etc., locales-, no participan de las mismas características que tienen los corredores férreos, los que por su destinación y naturaleza son bienes fiscales con un tratamiento impositivo distinto, al de los de uso público, como se explicará más adelante”.

De la lectura detallada del concepto, el cual comparte plenamente la Sala, se desprende que los bienes que forman parte de la infraestructura ferroviaria son bienes de uso público. Ciertamente, se trata de aquellos bienes destinados a la prestación del servicio público de transporte y afectados a satisfacer las necesidades colectivas. Su destinación al uso común está directamente relacionada con el ejercicio de la actividad de transporte que por su particularidad es un servicio público. Así pues, los bienes inmuebles que conforman el corredor férreo, sus zonas anexas, contiguas o de seguridad, se clasifican como bienes de uso público mientras se hallen vinculados al servicio público del transporte ferroviario y, por ende, resultan ser inembargables, inenajenables e imprescriptibles.

(...) En este contexto, la Sala considera que el ente territorial – Municipio de Pereira – en cabeza de su Alcalde al expedir la Resolución 713 de 19 de agosto de 1997 por medio de la cual se declaró la expropiación por vía administrativa de los inmuebles ubicados en el Municipio de Pereira, quebrantó el ordenamiento jurídico – artículos 58 y 63 de la Constitución y 674 del Código Civil – al desconocer la naturaleza del bien de uso público de los mismos.

### *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. Naturaleza y funciones.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo  
Fecha: 23/07/2015  
Radicado: 11001-03-26-000-2009-00043-00  
Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 25/03/2010  
Radicado: 1993  
Ponente: William Zambrano Cetina.

En relación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Sala hace suyas las consideraciones expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el pronunciamiento que, sobre este mismo particular, se transcriben:

“El artículo 15 de la ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, dispone lo siguiente: “ARTICULO 15. SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al ‘Ministerio de Justicia y del Derecho’ con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines. El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen”.

“Por su parte, el artículo 14 de esa ley, reformado por el artículo 3 del decreto 2636 de 2004, “por el cual se desarrolla el Acto Legislativo 03 de

2002”, establece las funciones generales del INPEC de la siguiente manera: “ARTICULO 14. CONTENIDO DE LAS FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado”.

“Y en cuanto a la finalidad de la detención preventiva el artículo 11 de la ley 65, reformado por el artículo 2 del decreto 2636 de 2004, prevé: “ARTICULO 11. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. La detención preventiva tiene por objeto asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y la efectividad de la pena impuesta”.

“A juicio de la Sala, la naturaleza y funciones generales asignadas al INPEC se enmarcan en el fin esencial del Estado y sus autoridades de ‘proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades’, previsto en el artículo 2 de la Constitución Política, función que materialmente se cumple a través de los establecimientos carcelarios y penitenciarios que están a su cargo, en donde se encuentran reclusos, por orden judicial, los infractores de la ley penal.

“El artículo 9 de la ley 65, en concordancia con el Código Penal, señala que la pena tiene una función ‘protectora y preventiva’, y por lo mismo, su efectiva ejecución garantiza la protección de la comunidad, los derechos de las víctimas y permite garantizar y conservar el orden público en el territorio nacional.

“Cuando la ley 65 dispone que el Gobierno Nacional, por conducto del INPEC, es el responsable de la ejecución de la pena, considera la Sala que ello obedece a la estrecha relación que existe entre dicha función y el orden público. Como se sabe, es función exclusiva del Presidente de la República conservar y restablecer el orden público (art. 189, núm. 4 de la Constitución Política), noción que incluye la de seguridad pública, tal como ha sido determinado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia,

citándose para efectos de este concepto la contenida en la sentencia C – 802 de 2002, de la siguiente manera: “...A pesar de la multiplicidad de enfoques de que puede ser susceptible el concepto de orden público, lo cierto es que él remite a unas condiciones necesarias para el desenvolvimiento armónico y pacífico de las relaciones sociales y, en consecuencia, para la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes correlativos. El orden público es un supuesto de la pacífica convivencia, es el escenario de desenvolvimiento normal de las relaciones entre el poder y la libertad. De allí que el concepto de orden público se ligue siempre a las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad requeridas para el despliegue de la vida en comunidad y para la afirmación de sus miembros como seres libres y responsables...”.

“Lo expuesto lleva a afirmar que las funciones asignadas al INPEC, están estrechamente relacionadas con la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana. Y una falla en la prestación de ese servicio, no sólo genera zozobra y angustia en la sociedad, sino que aumenta la sensación de impunidad que ha agobiado a la sociedad colombiana en los últimos tiempos. No debe olvidarse que en la eficacia del sistema judicial y en la percepción que la ciudadanía tiene de éste, juega un papel determinante el cumplimiento efectivo de las providencias de los jueces”<sup>20</sup>.

---

20 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de marzo de 2010, expediente 1993. C.P. William Zambrano Cetina.

**Inravisión. Supresión****Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 16/03/2012  
 Radicado: 11001-03-24-000-2004-00411-01  
 Ponente: María Claudia Rojas Lasso

**Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 19/08/2004  
 Radicado: 1566  
 Ponente: Susana Montes de Echeverri

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
 11001-03-24-000-2005-00053-01

El argumento del actor de que no se podía suprimir INRAVISIÓN porque se modificaba la estructura de la administración y dicha modificación entrañaba un desconocimiento de la autonomía de la CNTV, que constituye un elemento relevante de la política pública reservada en materia de televisión al Legislador, no es de recibo por las siguientes razones: En primer término, porque la supresión de INRAVISIÓN y la transferencia de sus funciones a una nueva entidad, si bien modifica la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Nivel Nacional, no afecta en absoluto la estructura de la Comisión Nacional de Televisión, y dichas decisiones no están sujetas a reserva de ley por las razones expuestas ampliamente al explicar el alcance del numeral 15 del artículo 189 constitucional.

En segundo lugar, la transferencia de las funciones de INRAVISIÓN a una nueva entidad no modifica las políticas públicas trazadas por el Congreso de la República al señalar la naturaleza de INRAVISIÓN y atribuirle funciones pues el estudio de los antecedentes legislativos de las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996 demuestran que dichas políticas se orientaban a fortalecer el servicio de televisión pública como único medio para garantizar la competencia, el pluralismo informativo y la prestación eficiente y competitiva del servicio. Así consta en la descripción de dichos antecedentes, contenida en el Concepto No. 1566 de 19 de agosto de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al que aludieron las partes en este proceso y se transcribe parcialmente a continuación:

“ (...) La Ley 182 de 1995 (...) desmonopolizó el sector de la televisión y con respecto al Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISIÓN ordenó profundas modificaciones, entre las cuales se citan las que son relevantes en esta consulta, así:

- a. Se modificó la naturaleza jurídica y, por consiguiente, su régimen, al transformarlo de ente asociativo de segundo grado, con régimen de establecimiento público en “sociedad entre entidades públicas organizada como empresa industrial y comercial del Estado conformada por la Nación a través del Ministerio de Comunicaciones, Telecom y Colcultura” (art. 62).
- b. El objeto de INRAVISIÓN se contrajo a “la operación del servicio público de radio y televisión y la producción, realización y emisión de la televisión cultural y educativa en los términos de la presente ley”, como lo señala el inciso 2º del artículo 62. Es importante destacar que uno de los objetivos del Estado colombiano al proponer la reestructuración de toda la actividad televisiva, era el de fortalecer la televisión pública. Son significativas las tesis contenidas en la exposición de motivos de esa ley que en sus apartes pertinentes dijo:

*“Una política: el fortalecimiento de la televisión pública. El gobierno Nacional es consciente de que so pretexto de regular un servicio público, y más concretamente el servicio de televisión, no puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como los abusos de los controles oficiales o de las frecuencias radioeléctricas, entre otros. (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13 No. 3) (...) El fortalecimiento de la televisión pública hace referencia a un problema de libre competencia económica y de servicios entre la televisión estatal y los prestatarios u operadores privados de dicho medio de comunicación. El Gobierno tiene claro que siendo obligación del Estado evitar o controlar cualquier abuso que las personas empresarias hagan de su posición dominante en el mercado (art. 333 CP) no puede abrir la televisión a las reglas de éste sin disponer los recursos para INRAVISIÓN, Audiovisuales y los canales regionales. Una televisión estatal pobre y obsoleta en tecnología, es la avenida que con mayor rapidez conduce al monopolio privado en la información y el servicio.*

*Por tal razón (...) se ha autorizado a la Junta de la Comisión a fijar las tarifas de los operadores privados y de los concesionarios contratistas del servicio, teniendo en cuenta que las mismas no sólo sufraguen los gastos de la Comisión sino que permitan efectuar transferencias a las entidades públicas mencionadas (...) así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio ...". (pág. 5)." (...) En suma, el fortalecimiento de la televisión pública es también una cuestión de lo que se le ofrece a los televidentes". (Gaceta del Congreso No. 169, de 6 de octubre de 1.994, pág. 10).*

En cuanto a la necesidad de adaptar la naturaleza jurídica y funciones de INRAVISIÓN al nuevo esquema de televisión, se expuso lo siguiente: **"La transición.** El Gobierno Nacional al tiempo que desea una apertura y una ampliación de la oferta televisiva, quiere sin embargo una transición ordenada al nuevo esquema. Por eso propone en el Proyecto prorrogar, en los términos y condiciones de la Ley 14 de 1991, con audiencia pública y con atribución de la Comisión en materia de tarifas, los contratos de concesión de espacios de televisión, de prestación del servicio por suscripción y los concernientes a programación regional, suscritos con INRAVISIÓN, el Ministerio de Comunicaciones y los canales Regionales. Parte del problema también tiene que ver con el nuevo rol que han de asumir las entidades públicas. Es incuestionable que como consecuencia de lo establecido en los artículos 76 y 77 de la carta, **la capacidad de regulación del servicio otrora asignada a INRAVISIÓN y a los Canales Regionales, se ha modificado.** Por esto, en el Proyecto se propone suprimir el Consejo Nacional de Televisión, los Consejos Regionales, la Comisión Nacional para la Vigilancia de la televisión y las Comisiones Regionales (art. 48). Se propone también reestructurar las Juntas Administradoras de INRAVISIÓN y de los Canales Regionales (...) (Gaceta del Congreso Número 169, pág. 11).

- c. Las funciones de intervención, dirección, regulación y control del servicio público de televisión, fueron trasladadas a la Comisión Nacional de

Televisión, de manera tal que INRAVISIÓN, continuó “en relación con dicho servicio, solamente como operador del mismo”. (art. 35).

- d. Igualmente fueron trasladados a la Comisión Nacional de Televisión los recursos financieros más importantes de INRAVISIÓN como eran las tarifas, tasas y derechos que percibía de los concesionarios de espacios de televisión. En efecto, dentro del patrimonio de la CNTV, se incluyeron los recursos que tradicionalmente recibía INRAVISIÓN.

(...) Por su parte, el patrimonio de INRAVISIÓN quedó constituido por los aportes del presupuesto nacional, “por las transferencias que le otorgue la Comisión Nacional de Televisión y por las tasas, tarifas y derechos producto de los contratos de concesión de espacios de televisión”. Este último rubro lo mantendría hasta la fecha en que se produjera la cesión de los contratos de concesión a la CNTV (...) inciso final del artículo 62”

### *IPS indígenas. Naturaleza jurídica.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 24/01/2013

Radicado: 44001-23-31-000-2012-00009-01 (PI)

Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/08/2002

Radicado: 1443

Ponente: Susana Montes

Con arreglo a lo señalado por esta Corporación, debe precisarse que aunque las IPS Indígenas pueden ser del orden municipal o distrital **no son entidades públicas**, y que solo son consideradas como tales única y exclusivamente para efectos de la contratación que de manera obligatoria deben efectuar las administradoras del régimen subsidiado con las IPS públicas, en tanto y en cuanto se entiende que dichas instituciones son parte de la **red pública**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley 691 de 2001 y 54 de la Ley 715 de 2001. Por consiguiente, para efectos distintos a estos, como los relativos a la contratación del personal de las IPS Indígenas es claro que éstas no son ni pueden ser consideradas entidades públicas. La

Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 15 de agosto de 2002<sup>21</sup> precisó sobre la naturaleza jurídica de las IPS Indígenas lo siguiente:

“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.

Por ello, la interpretación del artículo 51 de la ley 715 no puede realizarse de forma aislada, porque sus disposiciones están dirigidas, a todos los municipios y los distritos, sin excluir aquellos que tengan dentro de su jurisdicción a comunidades 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

---

21 Radicación núm. 1443, C.P. Dra. Susana Montes de Echeverri.

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 este mismo sentido se pronunció esta Sección en la sentencia a que hace referencia el actor en el recurso de apelación, esto es, en la sentencia de 30 de noviembre de 2006<sup>22</sup>, en la cual luego de citarse, entre otros, el concepto antes transcrito se concluyó que *“... las I.P.S. Indígenas creadas en los resguardos son entidades del orden municipal o distrital según la jurisdicción a que pertenezcan, y hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial”*.

### IPS Indígenas. Forman parte del sistema general de seguridad social



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 30/11/2006  
Radicado: 52001-23-31-000-2004-01414-02 (PI)  
Ponente: Camilo Arciniegas Andrade



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 16/04/1997  
Radicado: 950  
Ponente: María Elena Giraldo Gómez

La controversia impone determinar primeramente el régimen legal y la naturaleza jurídica de las I.P.S. Indígenas, con miras a decidir si el demandado incurrió en las causales de incompatibilidad establecida en el numeral 5º del artículo 34 de la Ley 617 de 2000. Pese a que los resguardos indígenas están sometidos a un régimen especial, mientras no se constituyan en entidades territoriales pueden crear I.P.S., que hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial según lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley 691 de 2001 y 54 de la Ley 715 de 2001.

22 Proferida en el expediente núm. 52001-23-31-000-2004-01414-02(PI), Consejero Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

(...) *Naturaleza jurídica de las I.P.S. Indígenas.* En Concepto 950 de 16 de abril de 1997<sup>23</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación precisó que las I.P.S. Indígenas hacen parte del sistema general de seguridad social. Dijo la Sala en esa oportunidad:

«Constituyen uno de los elementos integrantes del sistema general de seguridad social; tienen personería jurídica por regla general, salvo los casos previstos en la ley (arts. 153-5 y 155-3, ley 100 de 1993). Las I.P.S. son entidades que pueden ser oficiales, mixtas o privadas; pero también pueden ser comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, como parte de las entidades promotoras de salud o por fuera de ellas (art. 156-i). Para que una entidad pueda constituirse como institución prestadora de servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud, los cuales se acreditarán ante la autoridades de vigilancia, que controlarán su calidad (arts. 185 inc. 2o. y 153-6). Cuando una I.P.S. pertenezca a una entidad promotora de salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro del régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento (parágrafo 1o. art. 181). La función es prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro del marco y principios señalados en la ley (art. 185, inc. 1o. ibídem). Se les aplicará las disposiciones relativas a entidades promotoras de salud, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto (art. 232 en armonía con los arts. 225, 227, 228 ibídem).»

Posteriormente, en Concepto 1443 de 15 de agosto de 2002<sup>24</sup>, la Sala consideró que las I.P.S. Indígenas son empresas prestadoras de los servicios de seguridad social en salud y hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25 de la ley 691 de 2001 y 54 de la ley 715 de 2001. Sostiene el concepto:

---

23 M.P. Dra. María Elena Giraldo.

24 M.P. Dra. Susana Montes de Echeverri.

«Para la Sala resulta claro que las I.P.S. creadas en los resguardos indígenas que hagan parte de la jurisdicción de un municipio o distrito, son I.P.S. 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 I.P.S. y las empresas sociales del Estado reguladas por la Ley 100 de 1993.

...De acuerdo con el 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. El artículo 51 de la ley 715 de diciembre 21 de 2001 y demás normas que regulan la prestación del servicio de salud a las comunidades indígenas permiten que las IPS creadas por las autoridades de los pueblos indígenas, pueden contratar con las administradoras del régimen subsidiado el 40% del valor de la unidad de pago por capitación subsidiada, para la prestación de dicho servicio en los municipios o distritos de los cuales haga parte el respectivo resguardo indígena, si a tal acuerdo se llega mediante las estipulaciones contractuales que exige el artículo 83 de la ley 715 de 2001 y en concordancia con las leyes 691 de 2001 y 100 de 1993.»

En conclusión, las I.P.S. Indígenas creadas en los resguardos son entidades del orden municipal o distrital según la jurisdicción a que pertenezcan, y hacen parte de la red pública como unidades prestadoras del servicio de salud a nivel territorial.

### *Junta Central de Contadores. Modificación de naturaleza y régimen jurídico*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 03/12/2015

Radicado: 11001-03-25-000-2010-00197-00

Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 21/02/2008

Radicado: 1874

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

La Sala tampoco comparte el planteamiento expuesto en la demanda frente a este cargo. Esto, por cuanto si bien es cierto que de acuerdo con la literalidad del artículo 28 de la ley 43 de 1990 el recurso de apelación ante el Ministerio de Educación procede en los casos de sanciones más severas como la suspensión y la cancelación de la inscripción en el registro profesional, no lo es menos que, como se apuntó en el concepto de 21 de febrero de 2008 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, la decisión adoptada por ley 1151 de 2007 de hacer de la JCC una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica tiene clarísimas implicaciones sobre el régimen aplicable a los recursos que se planteen contra sus determinaciones.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil en dicha ocasión, planteamiento que la Sección Primera del Consejo de Estado prohija enteramente:

“(…) la forma de organización de la Junta Central de Contadores fue modificada por la ley 1151 de 2007 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010, en la cual se le otorga personería jurídica, transformando con ello su naturaleza y el régimen jurídico aplicable al trámite de los recursos, como se pasa a analizar.

Prevé el artículo 71: “Artículo 71. Personería jurídica y adscripción, programa para la consolidación de la intervención económica del Estado. En desarrollo

de este Programa, dótese de personería jurídica, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores y adscribábase esta última y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública al que se refiere la Ley 43 de 1990, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”. La ley del Plan al dotar a la Junta de personería jurídica, modifica su forma de organización administrativa, la sustrae de la órbita interna del Ministerio de Educación Nacional al adscribirla al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la integra al sector descentralizado de la administración pública del orden nacional, otorgándole autonomía patrimonial y técnica propia de estas entidades públicas, de conformidad con los términos en que la ley 489 de 1998 regula la estructura de las unidades administrativas especiales con personería jurídica.

Una primera consecuencia jurídica que se deriva de dicha transformación de la Junta Central de Contadores en Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, consiste en que al serle aplicable el Código Contencioso Administrativo a los recursos contra las decisiones que se adopten en materia disciplinaria, ya no procede el de apelación a partir de la vigencia de la ley 1151 de 2007, pues así lo dispone el artículo 50 de dicho Código, que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 50. RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica. (...)

De otra parte, es claro que al dejar de ser una dependencia de un organismo administrativo y cobrar personería jurídica y con ello autonomía administrativa y patrimonial, en su condición de entidad descentralizada la Junta adopta las decisiones que a su interior estime procedentes, sin que el control administrativo del organismo al cual se encuentra adscrita - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo - se extienda sobre los actos proferidos en desarrollo de su competencia de tribunal disciplinario de la profesión.<sup>25</sup>

Dado que el cambio de adscripción opera a partir de la vigencia de la ley citada, los recursos interpuestos con anterioridad a su expedición cuando aún era procedente su interposición y se encontraba vigente la competencia del Ministerio de Educación Nacional para su decisión, deben resolverse, pues según el artículo 40 de la ley 153 de 1887 “las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación” (negritas fuera de texto).

### Jurisdicción coactiva. Evolución normativa

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 10/03/2016 Radicado: 05001-23-31-000-2001-00141-01 Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés
 <b>Concepto citado</b>	Concepto citado: Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 29/01/2015 Ponente: William Zambrano Cetina

Bajo dicho régimen, el procedimiento de “(...) *jurisdicción coactiva* (...)”, mezclaba trámites administrativos y judiciales, como puede observarse de la evolución normativa expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>26</sup>, en la siguiente forma:

- 
- 25 “Artículo 105. Control administrativo. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades. No obstante, se exceptúa de esta regla el presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto”.
- 26 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00271-00(C), Actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

## “(…) C. Evolución de la normatividad que rige la jurisdicción coactiva

### 1. Decreto 01 de 1984

El Código Contencioso Administrativo, (Decreto 01 de 1984), establecía la posibilidad de que el Estado pudiera cobrar las obligaciones a su favor y que prestaran mérito ejecutivo. Dice el artículo 68:

“Artículo 68. Definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.
4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.
5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
6. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.”  
(Negrillas por fuera del texto original)

En el mismo Código Contencioso Administrativo se les otorgaba competencia a los Tribunales Administrativos privativamente y en única instancia, entre

otras, para conocer de los incidentes de excepciones en los procesos de jurisdicción coactiva. Decía originalmente el artículo 131 del Decreto 01 de 1984:

“ARTICULO 131. EN UNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

5. De los incidentes de excepciones en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos (\$500.000)”.

Finalmente, este Código ordenaba en su artículo 252<sup>27</sup> que el desarrollo de la jurisdicción coactiva debía imprimirse el trámite de un proceso ordinario en lo que fuere pertinente, y en lo demás debía aplicarse el Código de Procedimiento Civil.

## 2. Decreto 2304 de 1989 y Ley 6 de 1992

Posteriormente, se emitió el Decreto 2304 de 1989 “Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo”.

En relación con el proceso de jurisdicción coactiva este Decreto hará una modificación especial, en el sentido de remitir algunas actuaciones del proceso de cobro coactivo (entre ellas lo relativo a las excepciones), a las ritualidades contenidas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo. Así, el artículo 63 del Decreto 2304 de 1989 decía que:

“El artículo 252 del Código Contencioso Administrativo quedará así: ‘Artículo 252. PROCEDIMIENTO. En la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en juicios ejecutivos **por jurisdicción coactiva se aplicarán las disposiciones relativas al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil**’”. (Negrillas por fuera del texto original).

Luego se emitió la Ley 6ª de 1992 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras

---

27 “Artículo 252. Procedimiento. En el trámite de las apelaciones, consultas, recursos de queja e incidentes de excepciones, se seguirá lo dispuesto en este Código para el proceso ordinario, en lo pertinente; en los demás, se aplicará el Código de Procedimiento Civil”. (Negrillas por fuera del texto original)

disposiciones”, en la cual, a través del artículo 112<sup>28</sup> se reprodujo la posibilidad de las entidades del orden nacional de ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles.

En todo caso, ninguna de estas leyes suponía una alteración de las competencias asignadas a los tribunales administrativos para resolver en única instancia las excepciones del proceso de jurisdicción coactiva, que hasta ese momento revestía un cariz marcadamente judicial.

### 3. Ley 446 de 1998

Ahora bien, con la expedición de la Ley 446 del 7 de julio de 1998, se produce una modificación importante en el trámite de los procesos de jurisdicción coactiva, ya que en sus artículos 41 y 42 le asigna competencia a los tribunales y jueces administrativos para conocer de “la apelación” en contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, otorgando así la competencia en primera instancia a las autoridades administrativas. Estos artículos establecen:

“Artículo 41. Competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia. El artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: ‘Artículo 133. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia: (...) 2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.’

---

28 *“Artículo 112. —Facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales. De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional tales como ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados. Aparte en negrilla declarado inexecutable mediante sentencia C-224 de 2013.*

Artículo 42. Competencia de los Jueces Administrativos. Adiciónase el Título 14 del Libro 3o. del Código Contencioso Administrativo con un Capítulo III del siguiente tenor:

‘CAPITULO 3.

COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS

‘(...)

“Artículo 134-C. Competencia de los jueces administrativos en segunda instancia. Los Jueces Administrativos conocerán, en segunda instancia, de los siguientes asuntos:

De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales” (Se resalta)<sup>29</sup>

Como se observa, aunque el proceso de jurisdicción coactiva seguía teniendo una connotación eminentemente judicial (la norma se refiere a sentencias expedidas por la autoridad administrativa), lo cierto es que a partir de ese momento el régimen de excepciones cambió: se resuelven directamente por la autoridad que adelanta la actuación y “la apelación” de tales decisiones es la que corresponde conocer a jueces y tribunales administrativos, según la cuantía del cobro. (...)”

---

29 La Ley 954 de 2005 aclaraba cómo se ejercían estas competencias mientras entraban en funcionamiento los jueces administrativos: “Las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los Tribunales Administrativos según el artículo 41, corresponderán en segunda instancia al Consejo de Estado. Y las competencias sobre jurisdicción coactiva asignadas en segunda instancia a los Jueces Administrativos según el artículo 42, corresponderán en segunda instancia a los Tribunales Administrativos.”

## Jurisdicción coactiva. Naturaleza



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 30/08/2006

Radicado: 17001-23-31-000-1993-09034-01 (14807)

Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 08/03/2004

Radicado: 1552

Ponente: Susana Montes de Echeverri

La Sala de Consulta, en concepto del 16 de diciembre de 2003, dijo que “[l]a Corte Constitucional define la jurisdicción coactiva como una prerrogativa que tiene la administración para hacer efectivas las obligaciones en su favor: Sentencia C (sic)- 445 de 1994...”<sup>30</sup>. Idéntico razonamiento realizó en el concepto del ocho de marzo de 2004:

“La jurisdicción coactiva ha sido definida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como “un “privilegio exorbitante” de la Administración, **que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor**, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales”<sup>31</sup>.

“De acuerdo con la anterior definición es claro que el objetivo principal de esta institución es, precisamente obtener el cobro directo y expedito de **las obligaciones claras, expresas y exigibles** a favor de las entidades estatales, e indirectamente, por esta vía, se busca **sanear la cartera** “que pueda tener el Estado por el no pago oportuno de sus contribuciones, tasas, impuestos, anticipos, intereses, retenciones, garantías, cauciones, sanciones, multas, alcances líquidos, etc.”<sup>32, 33</sup>

30 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de diciembre del 2003, radicación 1.545, consulta formulada por el Ministro de Transporte. Referencia: Código Nacional de Tránsito Terrestre. Mecanismo de Subasta de vehículos abandonados.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-666/00.

32 Edgar Guillermo Escobar Vélez. *El proceso de Jurisdicción Coactiva. Señal Editora. 2003.*

33 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del ocho de marzo de 2004, radicación 1.552, actor: Ministerio de Minas y Energía. Referencia: Jurisdicción Coactiva. Pérdida de Fuerza Ejecutoria de los Actos Administrativos. Proceso de Saneamiento Contable. Ley 716 de 2001.

Sin embargo, en el concepto de 2 de noviembre de 2005 se hace la siguiente afirmación:

**“Normas básicas sobre el proceso de jurisdicción coactiva. La Constitución Nacional, en el artículo 116, prevé que la ley podrá atribuir, excepcionalmente, función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.**

“Los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo definen las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, las cuales pueden hacerse efectivas mediante el proceso de jurisdicción coactiva, que ha sido definido por la jurisprudencia como “un ‘privilegio exorbitante’ de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales”<sup>34</sup>

“La ley 6 de 1992 atribuye, con fundamento en los artículos 68 y 79 del C.C.A., jurisdicción coactiva a las entidades públicas de orden nacional, Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos y vinculados<sup>35</sup>, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Registraduría Nacional del Estado Civil, para hacer efectivos los créditos exigibles a su favor. (art.112). El decreto 2174 de 1992, reglamentario de la ley 6 de 1992, prescribe que el cobro de los créditos mediante jurisdicción coactiva se adelantará de conformidad con lo señalado en el Código de Procedimiento Civil y demás normas que lo modifiquen o adicionen”<sup>36</sup> (se subraya).

---

34 Corte Constitucional, sentencia C-666-00

35 Las palabras “y vinculados” del artículo 112 de la ley 6a. de 1992, fueron declaradas condicionalmente exequibles “en el entendido de que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere exclusivamente al cobro o recaudación de recursos provenientes de funciones netamente administrativas confiadas por el legislador de modo expreso a los entes vinculados, siempre que en la misma norma legal correspondiente se autorice la función de ejecución coactiva y se determinen las condiciones de su ejercicio, únicamente en cuanto a los aludidos recursos. Bajo cualquiera otra interpretación, los mencionados vocablos se declaran INEXEQUIBLES”. Sentencia C-666-00.

36 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del dos de noviembre del 2005, radicación 1.692, consulta formula por el Ministro de Minas y Energía. Referencia: Proceso de jurisdicción coactiva. Competencia para tramitar el incidente de excepciones. Recurso de apelación contra el mandamiento de pago.

## Ley 1437 de 2011. Régimen de transición y vigencia



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
Fecha: 22/02/2016  
Radicado: 11001-03-25-000-2014-00753-00  
Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 29/04/2014  
Radicado: 2184  
Ponente: Álvaro Namén Vargas

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto No. 2184 de 29 de abril de 2014, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, analizó el régimen de transición y vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual abordó a efectos de determinar el régimen de intereses de mora aplicable, a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procesos y trámites iniciados en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984<sup>37</sup>. Para resolver, la Sala de Consulta y Servicio Civil argumentó lo siguiente:

“(…), observa la Sala que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fijó una regla de tránsito de legislación diferente y especial a la general prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para evitar el conflicto que en el tiempo se pudiera presentar con ocasión de la reforma.

Como se anotó, el artículo 308 dispuso, de una parte, su aplicación con efecto general e inmediato a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren desde el 2 de julio de 2012; y de otra, reservó la fuerza obligatoria de la ley antigua para las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a esa fecha pero que no se hubiesen agotado en ese momento, otorgándole un efecto ultractivo hasta su terminación.

En conclusión, el nuevo código únicamente se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a las situaciones enteramente nuevas, nacidas con posterioridad

37 Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2184 de 29 de abril de 2014.C.P.: Dr. Álvaro Namén Vargas.

a su vigor, y la ley antigua, en este caso el Decreto Ley 01 de 1984 y las normas que lo modifiquen o adicionen, mantienen su obligatoriedad para las situaciones jurídicas en curso, independientemente del momento en que culminen. Por lo tanto, a los trámites, procesos, actuaciones, procedimientos, demandas y actuaciones iniciadas antes del 2 de julio de 2012 se les aplica, en estricto rigor, el Decreto Ley 01 de 1984, desde su inicio y hasta su culminación, independientemente de la fecha en que ocurra esta última.”

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplica a los procedimientos administrativos y trámites judiciales que se inicien con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, 2 de julio de 2012, mientras que el antiguo estatuto procesal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o sea, el Código Contencioso Administrativo, mantiene su obligatoriedad respecto de las situaciones jurídicas en curso, iniciadas bajo su vigor. En este orden de ideas, la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, lo que comporta su aplicación a las situaciones administrativas y jurisdiccionales acaecidas a partir de su nacimiento. La excepción es que la ley sea retroactiva, es decir, que regule procedimientos y procesos con anterioridad a su entrada en vigencia.

### Licencias urbanísticas. Revocatoria



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 14/08/2014

Radicado: 25000-23-24-000-2007-00192-01

Ponente: María Elizabeth García González



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 02/06/2005

Radicado: 1643

Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Ahora bien, respecto de la violación al principio de inmutabilidad de los actos administrativos alegada por el recurrente en su recurso de apelación, la Sala precisa el alcance mixto que poseen las licencias urbanísticas, por cuanto involucran intereses particulares y generales, y en ese sentido es viable la revocatoria cuando se vulneren intereses públicos, sin que medie el consentimiento de sus titulares.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el Concepto de 2 de junio de 2005<sup>38</sup>, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que señala lo siguiente:

“... Tratándose de normas de orden público, como son las contenidas en los actos administrativos que otorgan o niegan licencias urbanísticas, el concepto “interés de parte” debe interpretarse con un alcance mayor, en concordancia con la finalidad socio política intrínseca a toda expresión de voluntad del Estado, incluso distinguiendo si el acto es general (dirigido a la comunidad con efectos erga omnes), particular (dirigido a un sujeto individual o colectivo identificado con efectos particulares), condición (dirigido a un sujeto individual o colectivo identificado para situarlo en una situación jurídica general preexistente) o mixto (dirigido a un sujeto individual o colectivo identificado con efectos para una pluralidad identificable); y diferenciando también si la revocación es por ilegitimidad (causas contrarias a derecho) o por mérito (conveniencia u oportunidad).

En efecto, en la revocación por razones de oportunidad o conveniencia, la valoración del interés público corresponde inicial y fundamentalmente a la autoridad estatal, lo que hace que normalmente ésta opere de oficio. Cuando la revocación es por motivos de ilegitimidad y se trata de un acto general, la solicitud la puede formular cualquier persona, no así en tratándose de actos particulares, en cuyo caso la petición de revocación debe provenir del administrado afectado con la decisión, sin perjuicio de que la administración pueda hacerlo de oficio.

Sin embargo, tratándose de actos de carácter particular pero con efectos inmediatos de carácter general, (clasificación mixta), como son las regulaciones urbanísticas, el interés no sólo lo tienen los titulares de la licencia, sino los vecinos del predio objeto de la solicitud, y claro es, las autoridades administrativas encargadas de vigilar y controlar el cumplimiento del plan de ordenamiento territorial y de las normas urbanísticas. ...”

---

38 Radicación núm. 1643. Actor: Ministra del Medio Ambiente.

## Loterías. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 08/02/2007  
 Radicado: 50001-23-31-000-2005-00044-01  
 Ponente: Camilo Arciniegas Andrade



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 05/02/1996  
 Radicado: 740  
 Ponente: Cesar Hoyos Salazar

A criterio de la Sala el sorteo de una Lotería es el evento que da origen a las obligaciones de la Empresa emisora de los billetes adquiridos por el público. El sorteo es por lo tanto, un elemento esencial del contrato aleatorio que rige el juego o apuesta definido en el párrafo del artículo 5° de la Ley 643 de 2001 (16 de enero). La Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el juego de loterías conceptó<sup>39</sup>:

«Concepto y características del juego de lotería. Juego, en general, es un entretenimiento sometido a reglas, en el cual se gana o se pierde. Juegos de suerte o azar son aquellos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del caso. No existe una definición del juego de lotería, pero de las disposiciones de orden constitucional, legal y reglamentario se deducen los elementos o características que permiten elaborar una noción descriptiva. En efecto, la lotería tiene las siguientes características:

- a. Es un juego de suerte o azar al que la ley, por excepción frente a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, le reconoce efectos jurídicos. Por tanto, los derechos y obligaciones que derivan del juego de lotería se sustentan en un contrato aleatorio de adhesión. Aleatorio porque la prestación de una de las partes consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, y de adhesión porque quien participa en este juego se somete a las condiciones establecidas, conforme a la ley, por la entidad que organiza y administra la lotería;

39 Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta de 5 de febrero de 1996, Radicación 740, Actor: Ministro de Salud, M.P. Cesar Hoyos Salazar.

- b. Sólo puede explotarse como monopolio rentístico destinado exclusivamente a financiar los servicios de salud. Su organización, administración, explotación y control están sometidos a la ley, en particular a la que fija el régimen propio de dicho monopolio;
- c. La lotería es organizada y administrada por los departamentos, por medio de una entidad creada para tal fin o a través de un concesionario [...]»

### Loterías. Monopolio rentístico



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 20/05/2004

Radicado: 25000-23-24-000-2000-0694-01 (6997)

Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 14/03/2002

Radicado: 1396

Ponente: Susana Montes

De conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política, la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos está sometido a un régimen propio, fijado por ley y las rentas obtenidas en ejercicio de los monopolios de suerte y azar están destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Sobre este monopolio, esta Corporación ha señalado:

“El monopolio rentístico de las loterías fue consignado en la Ley 64 de 1923, cuyo artículo 1º dispuso que a partir de la promulgación de esa ley solamente los departamentos podrán establecer una lotería con premios en dinero, cuyo producto se destinará exclusivamente a la asistencia pública. Luego, el Decreto - ley 1222 de 1986 reprodujo la misma norma. Posteriormente el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 ordenó: *“Arbitrio rentístico de la Nación: Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes.”*(...)

Por consiguiente, la Sala responde que el arbitrio rentístico en favor de la Nación establecido por la Ley 10 de 1990, el cual comprende “todas las modalidades de juegos de suerte y azar”, excluye las loterías, vocablo que

debe entenderse en su acepción genérica para constituir un monopolio asignado a los departamentos. De modo que la excepción comprende no sólo las loterías existentes, al momento de la promulgación de aquella ley, explotadas por tales entidades territoriales, sino las que llegaren a organizarse en el futuro, salvo que una ley de la República disponga expresamente lo contrario” (Rad. 404 de 3 de octubre de 1991). La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, se pronunció en sentido diferente afirmando que el monopolio departamental es sólo sobre las loterías y apuestas permanentes que existían al momento de expedirse la Ley 10 de 1990. (...)

“En conclusión, la Sala estima que la Ley 10 de 1990 derogó las disposiciones anteriores que otorgaban en favor de los departamentos la explotación de las loterías y apuestas permanentes, conservándoles a aquéllos el monopolio de las ya existentes, pero consagrando en favor de la Nación a través de Ecosalud, la explotación de las que a partir de la fecha de la entrada en vigencia empezaren a existir...” (...)

Y recientemente, la Ley 223 de 1995, sancionada el 20 de diciembre de dicho año y publicada en el Diario Oficial el 22 del mismo mes y año, ordena en su artículo 237:

“Renta de loterías. La titularidad de la renta de arbitrio rentístico de las loterías corresponde a los departamentos y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá en los términos y condiciones que establezca la ley de régimen propio de que trata el artículo 336 de la Constitución Política.

Parágrafo 1º. Los departamentos podrán seguir explotando la renta de loterías que estuvieren operando a la fecha de expedición de la presente ley.

Parágrafo 2º. Las loterías creadas o autorizadas por ley especial podrán seguir operando conforme a las disposiciones especiales que las regulen.”

La norma transcrita ratifica la titularidad de la renta de la explotación de loterías en favor de los departamentos y distrito capital de Santa Fe de Bogotá, conserva las loterías que estuvieren operando los departamentos a la fecha de la expedición de la Ley 223 de 1995 y las creadas o autorizadas por ley especial y dispone que la renta de las loterías corresponde a las mencionadas entidades territoriales en los términos y condiciones que establezca la ley

de régimen propio sobre organización, administración, control y explotación de los juegos de suerte y azar, como monopolio rentístico". (Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Cesar Hoyos Salazar. Rad, 740. Sentencia del 5 de febrero de 1996).

Es importante anotar que la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia, de conformidad con sus estatutos vigentes, es una sociedad comercial de responsabilidad limitada con carácter de empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental cuyo objeto es el desarrollo, explotación y administración del monopolio de loterías y apuestas permanentes.

(...) Respecto del régimen de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 consagra: *"Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetaran a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales"*. Pero tal régimen, no excluye que las Empresas Industriales y Comerciales profieran actos de naturaleza administrativa. (...) En cuanto a la naturaleza jurídica de la Lotería la Nueve Millonaria, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, señaló:

"En un todo de acuerdo con las disposiciones legales antes transcritas, el artículo 38 de los estatutos sociales vigentes, prevé: "Los actos, operaciones, contratos y acuerdos que realice la sociedad para el desarrollo del objeto social, estarán sujetos a las regulaciones que la ley establece para las empresas industriales y comerciales del estado". De esta forma, es claro que la sociedad de capital público departamental denominada Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda, está sometida, en cuanto sea compatible con su propia naturaleza, al régimen jurídico propio de las empresas industriales y comerciales del estado establecido en la ley 489 de 1998; por ello sus actos, en cuanto desarrollan actividades de naturaleza comercial y de gestión económica, se rigen por el derecho privado (art 85); además, de conformidad con la prescripción del artículo 86 ibídem: *"La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se*

*ceñirán a la Ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar parte de sus bienes y recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”*

En conclusión, la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda, está sometida a las normas que la crearon, a las propias y vigentes de las empresas industriales y comerciales del estado en cuanto no sean incompatibles con su propia naturaleza y a sus estatutos en todo aquello que no haya sido definido por las demás disposiciones. (...) Con fundamento en los análisis y consideraciones precedentes, la Sala responde así la consulta formulada:

El régimen aplicable a la sociedad Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda., es el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, en razón a que es el que corresponde a las Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD), que tienen por objeto la administración y/o operación de la lotería tradicional o de billetes y de los demás juegos de su competencia contemplados en la ley de régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, salvo en cuanto se refiere con la elección y remoción del Gerente”: Cfr.. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Marzo 14 de 2002. C.P. Dra. Susana Montes).

### Política de fomento del Estado. Subsidios a las comunidades negras.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 06/03/2008

Radicado: 17001-23-31-000-1994-01029-01 (16613)

Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/05/1996

Radicado: 800

Ponente: Javier Henao Hidrón

El artículo 355 Constitucional no sólo encuentra excepción en materia de subsidios al amparo del artículo 368 de la CP, relativo a los servicios públicos domiciliarios, sino que también existen otros supuestos que permiten que se otorguen subsidios, toda vez

que aquella prohibición de los auxilios y donaciones no entraña el desconocimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho en tanto dichas asignaciones presupuestales vía subsidio en definitiva contribuyen al cumplimiento de múltiples preceptos constitucionales que sintetizan deberes públicos del Estado.

Así lo reconoció la Corte Constitucional, por ejemplo, en punto de la política estatal de fomento de la investigación y la transferencia de tecnología (CP art. 65), la cual -a juicio de esa Corporación- puede traducirse en apoyos no compensados de orden económico a entes y personas privadas<sup>40</sup>; lo mismo que en el caso de la concesión de subsidios en favor de los pequeños productores sobre las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos públicos de adecuación de tierras.<sup>41</sup> En sentido similar se pronunció la Sala de Consulta de esta Corporación respecto de ayudas a personas naturales de las comunidades negras, al estimar que lo dispuesto en el inciso primero del artículo 355 de la Constitución de 1991 no ha hecho desaparecer la política de fomento del Estado a la actividad particular.<sup>42</sup>

### Potestad reglamentaria. Alcances



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 20/04/15

Radicado: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219)

Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 09/07/1996

Radicado: 854

Ponente: Roberto Suárez Franco

De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano. Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que

40 Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1994 M.P. Morón Díaz.

41 Corte Constitucional, Sentencia C 205 de 1995 M.P. Cifuentes Muñoz

42 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 800 de 1996, CP Henao Hidrón. En sentido similar Concepto 504 de 1993.

“(…) El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución”<sup>43</sup>.

---

43 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.

## Potestad reglamentaria. Exceso.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 21/11/1991  
Radicado: CE-SEC1-1991-N1423  
Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 02/08/1979  
Radicado: 1301  
Ponente: Jaime Betancur Cuartas

Habiéndose procedido por la Sala a la atenta lectura de las Leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983, citadas también como fundamento de los Decretos 2666 de 1984 y 0755 de 1990, constata que ninguna de ellas autoriza al Gobierno para reglamentar la intervención de la Contraloría General de la República en cualquier clase de operación aduanera, así como tampoco para modificar o derogar leyes sobre esta materia. Respecto de esta última, es decir, de la derogatoria que el artículo 336 del Decreto 2666 de 1984 hace de los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, la Sala considera que dentro del marco expuesto es evidente la ilegalidad de dicha disposición, así pueda afirmarse que dichos preceptos legales ya se encontraban derogados, como lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 2 de agosto de 1979 (Radicación No. 1301, Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas, Anales Nos 463 y 464, 2o. Semestre 1979, págs. 15 y Sig.).

Corolario de lo anterior es que el Gobierno Nacional, al regular mediante los actos acusados aspectos que tienen que ver con la gestión de vigilancia y control fiscal que compete a la Contraloría General de la República, excedió el marco y los límites trazados por la Ley 6 de 1971 y, como consecuencia de ello, incurrió en la violación de los artículos 20, 55, 76 numeral 22 y 120 numeral 22 de la anterior Constitución Política que, además de otras normas, fueron citadas como violadas en la demanda, razón suficiente para que esta Corporación declare su nulidad.

## Prescripción de la acción contravencional



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 18/07/1991  
 Radicado: CE-SEC1-1991-N1567  
 Ponente: Yesid Rojas Serrano



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 17/08/1982  
 Ponente: Humberto Mora Osejo

No puede esta Sala compartir la voluntad del juzgador de primera instancia de pretender acumular el tiempo de los recursos y de las actuaciones administrativas correspondientes a éstos, al término estipulado por el artículo segundo de la Ley 33 pues es esta una actuación que surge ad libitum del administrado después de haberse proferido y ejecutoriado la decisión de fondo sobre los hechos objeto de la investigación. Este criterio, que es avalado y compartido en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, encuentra su exacta expresión en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil a raíz de una consulta hecha por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en los siguientes términos: “Se consulta específicamente ante esa Honorable Sala, si cuando en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se ha iniciado, desarrollado y concluido la investigación por medio de resolución sancionatoria debidamente notificada, dentro del término de caducidad de la acción, cesa el efecto extintivo del tiempo transcurrido, no obstante la firmeza de la decisión se refiera a una época posterior al vencimiento prescriptivo, por haberse recurrido en la vía gubernativa la providencia sancionarla del Superintendente de Control de cambios”. A la muy completa respuesta de la sala consultada corresponde el acápite que se transcribe -

“Si la Superintendencia de Control de cambios inicia, adelanta y decide la investigación dentro del plazo de caducidad de la acción, aunque el acto que ponga término a la actuación no se encuentre ejecutoriado, es claro que obró oportunamente porque el lapso de 4 años tiene por objeto permitirle al Estado, mediante el órgano competente, indagar los hechos y adoptar una decisión, aunque ésta no se haya notificado ni menos se encuentre ejecutoriada. Si para el particular inculcado el término de caducidad constituye el plazo

dentro del cual puede ser investigado, absuelto o sancionado, para el Estado es el lapso prescrito por la ley para adelantar y decidir la investigación”. (17 - VIII - 82, Pon. Dr. Humberto Mora Osejo).

Como bien puede observarse, el caso que está bajo examen va más allá de lo requerido por la Sala de Consulta, toda vez que no solamente se tomó la decisión por parte de la entidad estatal sino que se notificó oportunamente, de lo cual hay claras constancias en el expediente. En seguimiento de lo que se ha afirmado en esta providencia sobre el carácter voluntario por parte del administrado en cuanto a las actuaciones posteriores a la resolución de la entidad estatal, voluntad que se realiza mediante la interposición de los recursos que consagra la ley contra dicho acto, es oportuno citar igualmente el concepto de la Sala de Consulta en la misma respuesta al Ministro preguntante:

“La vía gubernativa es la posibilidad jurídica que se ofrece a los interesados para reclamar, mediante el recurso o los recursos pertinentes, los actos particulares que pongan término a las actuaciones administrativas, para que se aclaren, adicionen, reformen o revoquen. Por consiguiente supone, necesariamente, un acto principal o definitivo que pueda ser objeto de la misma. En el caso objeto de la consulta, requiere la existencia del acto que defina la investigación adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, expedido dentro del término de caducidad de la acción. La notificación, como los recursos de la vía gubernativa, pueden surtirse con posterioridad a su vencimiento, tanto por que la Ley 33 de 1975 sólo prescribe el plazo para adelantar y definir la investigación como porque, mediante aquellos, se trata de hacer conocer y reclamar el acto que impone la sanción: de ahí que la notificación y los recursos de la vía gubernativa se regulen, a este respecto, no por la Ley 33 de 1975, sino por el Decreto - Ley 2733 de 1959, que prescribe términos específicos para realizar aquélla e interponer y decidir éstos. Del mismo modo, contraer acto que imponga la sanción, el interesado puede ocurrir a la jurisdicción previo agotamiento de la vía gubernativa, dentro del término que 11 efecto señala el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. De manera que si el acto que define la investigación se expide dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975, aunque no haya sido notificado ni menos se encuentre ejecutoriado, no habría caducidad de la acción”

Nada habría que agregar a la nítida exposición transcrita que constituye la cabal interpretación de la Ley 33 de 1975, fundamento de derecho de la providencia apelada, interpretación que no coincide con la expresada por el Tribunal de primera instancia en dicho proveído a cuya información apuntan estos planteamientos.

### *Protección del medio ambiente. Prevalencia del interés general sobre el particular*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 28/05/2015

Radicado: 63001-23-31-000-2012-00032-01

Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 11/12/2014

Radicado: 2233

Ponente: William Zambrano Cetina

En Concepto de 11 de diciembre de 2014, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina en una consulta elevada por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, consistente en responder si: *¿Puede la autoridad ambiental, a través de la zonificación y el régimen de usos del ecosistema de páramo delimitado, imponer medidas ambientales a través de las cuales se permita de manera progresiva y paulatina la reconversión de actividades prohibidas en los ecosistemas de páramos, aun cuando estas se hayan consolidado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011?*, dicha Corporación consideró lo siguiente:

#### **“2. La prevalencia del interés general sobre el particular y su aplicación en materia ambiental.**

“Como se acaba de indicar, la protección del medio ambiente es un asunto de interés general<sup>44</sup>, que habilita al legislador para establecer límites a su

44 “En efecto, a partir de una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2°, 8°, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 95-8, 277-4, 289, 300-2, 313-9, 317, 331, 333, 334 y 366, es posible sostener que el Constituyente de 1991 tuvo una especial preocupación por la defensa y conservación del ambiente y la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarios para un desarrollo sostenible. Por lo que, hoy en día, el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino primordialmente

favor y, si es necesario, sacrificios sobre intereses particulares (artículos 58, 333 y 334 C.P.). De este modo, las actividades económicas y productivas, no obstante su protección constitucional<sup>45</sup>, pueden encontrar límite en las medidas adoptadas dentro del marco constitucional para la protección del medio ambiente:

“En efecto, nuestra Constitución provee una combinación de obligaciones del Estado y de los ciudadanos junto a un derecho individual (artículos 8, 95 numeral 8 y 366). Es así como se advierte un enfoque que aborda la cuestión ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico: Desde el plano ético se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. **Desde el plano económico, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado.**

En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales.”<sup>46</sup> (Se resalta).

**Esta circunstancia -que constitucionalmente exista una consideración del medio ambiente como bien jurídico de interés general- no es irrelevante de cara a la solución de los conflictos que se presentan cuando medidas estatales adoptadas para su protección entran en tensión con intereses particulares jurídicamente protegidos.**

---

como un derecho de rango constitucional del que son titulares todas las personas en cuanto representan una colectividad”. Sentencia C-189 de 2006. De forma más reciente se ha señalado: “En resumen, la conservación del ambiente no solo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, “en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud.” (Sentencia T-154 de 2013)

45 Sentencia C-615 de 2002.

46 Sentencia C-750 de 2008. Igualmente ver Sentencia C-632 de 2011.

En efecto, la Constitución establece como elemento definitorio del Estado Colombiano la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general (artículo 1º), además de señalar que uno de los fines esenciales de nuestra organización político-administrativa es el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general (artículos 2 y 209). **Estas primeras declaraciones de principio de la Constitución son indicativas de que los intereses individuales y particulares, si bien son objeto de respeto y tutela constitucional –pues las autoridades deben proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (artículo 2º)-, no se encuentran en el mismo nivel al momento de su ponderación con los intereses generales de la colectividad.**

Esa diferencia de peso entre los intereses generales y los particulares, a partir de la cual los segundos deben ceder frente a los primeros en caso de conflicto, especialmente en materia económica<sup>47</sup>, se encuentra expresamente consagrada en varias normas constitucionales. En primer lugar, el artículo 58 Superior prevé que el principio general de respeto a la propiedad privada (expresión máxima de los derechos de contenido patrimonial) y a los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes, encuentra límite en las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, frente a las cuales “el interés privado deberá ceder al interés público o social”<sup>48</sup>. La misma regla se establece en el artículo 82 *ibídem*, según el cual la integridad del espacio público y su destinación al uso común prevalecen sobre el interés particular. Y también, como ya se había mencionado, el interés social y la defensa del ambiente son título suficiente para limitar la actividad económica privada (artículo 333 C.P.) e intervenir en la economía con el fin de orientarla al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la

---

47 Sentencia C-489 de 1995: “En materia económica, el interés particular debe ceder ante el interés general (C.P. arts. 1, 58, 333 y 334), no sólo porque la Constitución así lo dispone, sino también por elementales razones de justicia y equidad.”

48 *Sentencia C-043 de 1998*: “No obstante, si en gracia de discusión se aceptara que el otorgamiento de licencias genera derechos adquiridos en favor de los beneficiarios de las mismas, es claro que, entratándose de actividades que comprometan el interés colectivo, como ocurre con los servicios públicos y, en particular con el servicio de transporte, los derechos individuales deben ceder ante tal interés.”

distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (artículo 334)<sup>49</sup>.

Lo anterior es aplicable en materia ambiental, en la que la solución de las tensiones entre la protección de los recursos naturales y los derechos económicos de los particulares, viene dada también bajo la regla constitucional de prevalencia del interés general:

“Esta Corte, al pronunciarse sobre una de las medidas ambientales previstas en la Ley 99 de 1993, puso de presente que ‘una teórica discusión jurídica en materia ambiental, sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución, al reconocer la primacía del interés general, bajo las condiciones del artículo 1º’, al limitar varios derechos en función de la protección debida al medio ambiente, los recursos naturales o la ecología, al asignarle al Estado funciones de prevención y control del deterioro ambiental y al radicar en cabeza de los particulares el deber de proteger los recursos culturales y naturales de país y velar por la conservación de un ambiente sano’, conforme lo establece el artículo 95-8 de la Carta”<sup>50</sup>.

Por ello se ha indicado que un objetivo central de las normas ambientales es subordinar el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente<sup>51</sup>. De este modo, frente a una eventual oposición entre el derecho a un medio ambiente sano y la garantía constitucional de situaciones particulares y concretas, la “primacía del medio ambiente parece difícilmente controvertible”<sup>52</sup>, por las razones de interés general que justifican su protección.”

---

49 Sentencia C-830 de 2010: “La dirección general de la economía, según lo planteado, se expresa de forma más amplia a partir de dos aspectos definidos. En primer término, corresponde al Estado ejercer las medidas dirigidas a que las empresas, habida cuenta su condición de expresiones de la propiedad privada, cumplan las obligaciones que se derivan de su función social y ecológica (Art. 58 C.P.) En segundo lugar, dicha dirección general involucra un grupo de competencias estatales referidas a la intervención, por mandato legal, en aras de regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334 C.P.)

50 Sentencia C-703 de 2010. Ver igualmente Sentencia C-293 de 2002.

51 Sentencia T-254 de 1993, reiterada en Sentencia C-189 de 2006.

52 Sentencia C-703 de 2010.

## Recursos naturales. Recursos no renovables



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 12/08/1988  
 Radicado: CE-SEC1-1988-N555  
 Ponente: Guillermo Benavides Melo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 24/11/1980  
 Radicado: 1459  
 Ponente: Humberto Mora Osejo

El auto confutado asimila o, mejor aún, identifica los “recursos naturales no renovables” de que habla la Ley 19 de 1984, con las canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras a que se refiere el Acuerdo acusado. Sobre el particular la Sala de Decisión encuentra que el punto materia del debate ha sido estudiado in extenso y aclarado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el siguiente concepto que acoge y transcribe a continuación:

“1. La consulta tiene por objeto definir si las canteras pertenecen a la Nación o al dueño del suelo. Esta definición permite determinar el régimen jurídico aplicable a su explotación.

2. El artículo 202 de la Constitución prescribe que pertenecen a la Nación:

“Artículo 202. Pertenecen a la República de Colombia:

1º Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

3º Las minas de oro ‘ de plata, de platino y de piedras preciosas, que existen en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

Este precepto que con limitaciones unificó en el Estado el dominio minero, es la fuente constitucional de la legislación minera que ha regido en el país desde 1886. De él se infiere que pertenecen a la Nación los bienes, en ellos

incluidos las minas, que eran de propiedad de la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886; los que pertenecían a los antiguos Estados, sin perjuicio de derechos adquiridos.

3. Al adoptarse como legislación nacional el Código de Minas de Antioquia y el Código Fiscal de la Unión, que desde el 28 de octubre de 1973 reservó para la Nación la propiedad del subsuelo, el régimen jurídico del dominio minero, entendido en armonía con el artículo 202 de la Constitución, comprende minas de propiedad del Estado y de los particulares, a saber:
  - a) Pertenecen al Estado las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas, en cualquier lugar que se encuentren, exceptuadas las adjudicadas a los particulares que no hayan revertido a la Nación; las situadas en tierras que eran baldías el 28 de octubre de 1873; las que, como patrimonio privado, pertenecían a la Unión Colombiana, el 15 de abril de 1886; las reservas hechas para ésta por leyes especiales y las de los Estados que, de conformidad con el artículo 202, ordinal 2º, de la Constitución pasaron a ser de la Nación;
  - b) Las minas de propiedad particular tienen las siguientes fuentes jurídicas:
    - La adjudicación, practicada desde la Colonia hasta que entró en vigencia la Ley 20 de 1969, que subrogó en este aspecto el Código de Minas e hizo imposible la adjudicación de las minas de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas, que se regían por el mencionado estatuto, para hacer posible su explotación, como la de las demás minas, exclusivamente por el sistema de concesión, aporte o permiso (art. 8º Ley 20 de 1969). Pero las minas adjudicadas hasta que entró en vigencia la Ley 20 de 1969, a condición de que se hubieren explotado en la forma prescrita por los artículos 3º y 4º ibídem, son de propiedad particular.
    - Adhesión, también aplicada desde la Colonia, según la cual el dueño del suelo lo es de las minas, salvo las que el Estado se hubiere reservado, según el Código Fiscal de 1873, reiterado por el que lo reemplazó (art. 4º, literal c), de la Ley 110 de 1912), si el fundo salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, el dueño del suelo lo era del subsuelo respecto de todas las minas, exceptuadas las de oro, plata, platino y piedras preciosas que pertenecen a la Nación, cualquiera que sea

el predio en donde se encuentren salvo los derechos constituidos en favor de los descubridores y explotadores que no hayan revertido a la Nación (art. 202, ord. 3º, de la Constitución, 3º y 4º de la Ley 20 de 1969).

- Guacas, sepulturas, o patios de indios, que el artículo 15 del Código de Minas declara 'de propiedad de los individuos que los explotan', con derecho a hacer las explotaciones y establecer los trabajos necesarios, pero a condición de no 'perjudicar las obras públicas, las poblaciones, las aguas de que en ellas se hace uso y las habitaciones particulares'.
  - Mazamorreo, bareque o lavadero de pobres, garantizado por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 13 de 1937, que permite a los mineros pobres apropiarse de los metales que encuentren en las minas de aluvión de metales preciosos situados en los lechos de las aguas de uso público.
  - La Legislación Colombiana no define el concepto de canteras. Pero el Código Civil, en los artículos 659, 755, 843 y 2447 distingue las minas de piedras y canteras sobre la base de considerar a estas como accesorios del suelo y pertenecientes, por lo mismo, al dueño del fundo. Por consiguiente, las canteras se rigen por el principio de la accesión. Pero, como se trata de una excepción al régimen minero prescrito por el Código Fiscal que, aunque prevaleciente conforme a lo prescrito por el artículo 5º, regla 2ª de la Ley 57 de 1887 por provenir del Código Civil, es ¿le restrictiva interpretación y, por esta causa, la cantera, entendida según el Diccionario de la Academia de la Lengua, como el 'sitio de donde se saca piedra, greda u otra sustancia análoga para obras varias', accede al suelo y pertenece al dueño del fundo; mas no puede confundirse con los yacimientos de otras clases de piedras, como las preciosas, reguladas por la Constitución y por la legislación minera especial.
- "4. En este orden de ideas, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 51 de 1942 facultan a los municipios para conceder permisos para explotación de canteras, areneras y elaboración de materiales de construcción, mediante el procedimiento que al efecto prescriben, suspender o cerrar la explotación e imponer las multas que fueren pertinentes. El artículo 3º prescribe, que los propietarios 'serán responsables (ante los particulares o las entidades públicas, según el caso, de todos los perjuicios que pueden

ocasionarse en cualquier tiempo por tales explotaciones y aún cuando habido permiso’.

5. Es obvio que si las canteras se encuentran en fundos de propiedad del Estado o de otra entidad de derecho público, le pertenecen como bienes fiscales y puede explotarse conforme a lo prescrito por la ley.
6. El artículo 99 del Decreto-ley 2811 de 1974, Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente, forma semejante al régimen legal de explotación de canteras y areneras privadas, en el artículo 99 prescribe que ‘requiere permiso la extracción por particulares de materiales de arrastre de los cauces o lechos de las corrientes o depósitos de aguas, como piedra, arena y cascajo’ y la ‘de materiales de cauce, corrientes o depósitos de agua para obras públicas que ejecuten entidades oficiales’. Estos permisos, según el artículo 38, número 3, letra a) de la Ley 133 de 1976, deben ser expedidos por el Instituto Colombiano de los Recursos Renovables y del Ambiente.
7. El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 prescribe que ‘todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros, entendidos como «situaciones jurídicas subjetivas y concretos debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos»’.

El artículo 3º ibídem concede a los propietarios de minas, cualquiera que sea el título con que las hayan adquirido, un plazo de gracia para iniciar su explotación y prescribe que a su vencimiento, sin que ello haya ocurrido, o por suspensión de la explotación de la mina por más de un año, el derecho se extingue. El artículo 8º de la Ley 20 de 1969 a la vez dispone que ‘todas las minas que pertenezcan a la Nación inclusive las de piedras y metales preciosos de cualquier clase y ubicación, las de cobre y las de uranio y demás sustancias radioactivas, quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso, conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno’. Pero los yacimientos de la reserva especial del Estado, agrega la disposición ‘sólo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital’.

La Sala observa que las disposiciones indicadas de la Ley 20 de 1969, se refieren

tanto a las minas del Estado como a las de propiedad particular, adquiridas con anterioridad a su vigencia; que la ley, en relación con las minas de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas, cambió el sistema de adjudicación, hasta entonces regulado por el Código de Minas, por el de la concesión, aporte o permiso que se aplica para la explotación de todas las minas del Estado, incluidas las de reserva nacional, con la limitación ya señalada; que la Ley 20 de 1969 también tiene por objeto hacer que los propietarios particulares de minas las exploten económicamente o, en su defecto, que estas reviertan a la Nación, que, en consecuencia, esa ley, que no regula íntegramente la materia comprende algunas disposiciones sobre las minas del Estado y de propiedad particulares mas no sobre otros depósitos, que, como las canteras, la ley no define como minas sino como accesorios del suelo, cuya explotación rige, no por la Ley 20 de 1969, sino por la número 51 de 1942 y por el artículo 99 del Decreto ley 2811 de 1974.

Esto explica que el artículo 33 del Decreto reglamentario 1275 de 1970, actualmente sustituido por el artículo 6° del Decreto reglamentario 2182 de 1972 disponga que ‘los permisos o licencias para extraer piedra, arena y cascajo de los lechos de los ríos y aguas de uso público y de las playas, lo mismo que la explotación de canteras, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes y serán del conocimiento de las autoridades que en la actualidad tienen competencia para ello. Para los efectos de este artículo se entiende como cantera únicamente los depósitos de piedra común, arena y cascajo destinados a la construcción.

El artículo 6° del Decreto 2181 de 1972 reglamenta el artículo 8° de la Ley 20 de 1969, para reiterar que las canteras, entendidas en el sentido restrictivo indicado, no son minas y que su explotación se rige por disposiciones legales especiales y diferentes de las que regulan la minería. (Concepto de noviembre 24 de 1980, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Rad. 1459. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Minas y Energía. Autorizada su publicación en enero de 1985)”.

En consecuencia, las canteras, es decir, los sitios o lugares “de donde se saca piedra, greda u otra substancia análoga para obras varias”, según la definición -acepción primera- que trae el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, Edit.

Espasa-Calpe S.A., Vol. II, Madrid, 1982, son cosas accesorias al suelo que se rigen por los principios que informan la accesión, estando por ende pautadas su exploración, explotación, procesamiento y aprovechamiento por disposiciones especiales y diferentes de aquellas que gobiernan la exploración y explotación de los yacimientos mineros y, en general, que obedecen a régimen distinto al previsto para la minería. De donde, por lo tanto, en contra de lo afirmado por la providencia materia de la súplica que se desata, de la sencilla comparación no surge prima facie o no resulta ni se percibe la ostensible o manifiesta violación de normas superiores que exigen los mandatos legales para que pueda accederse a decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, razón que mueve a la Sala de Decisión a revocar el auto confutado en cuanto ordenó la medida cautelar provisoria.

### *Recursos naturales. Permisos para captación de recursos hídricos.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 15/09/2011

Radicado: 73001-23-31-000-2000-00932-01

Ponente: María Elizabeth García González



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 19/03/1986

Radicado: 015

Ponente: Humberto Mora Osejo

La Sala prohija el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 19 de marzo de 1986, Radicado 015, Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo, solicitado por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, del cual se extrae, lo siguiente:

“Más específicamente, y de acuerdo con lo expuesto, se trata de que la honorable Sala de Consulta absuelva el siguiente interrogante: conforme a las normas de que tratan el artículo 4° de la Ley 10 de 1981, ordinario 132 (sic, se refiere al Decreto extraordinario 132, artículo 9°) de 1976 y la letra f) del artículo 4° de la Ley 10 de 1981, ¿es competente o no a Cortolima autorizar o dar permiso para captar las aguas indispensables para alimentar las obras de adecuación de tierras construidas y administradas por el HIMAT en el Departamento del Tolima. La Sala considera y responde:

1. Según el artículo 9º del Decreto - ley 132 de 1976, como se afirma en el enunciado de la consulta, corresponde al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y adecuación de Tierras HIMAT, “la reglamentación, administración y distribución de las aguas” en las obras que “construya o administre por delegación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA - y de las que ejecute en desarrollo de sus funciones”. Se trata, en realidad, de una disposición especial y prevaleciente.

2. Pero “la captación de aguas derivadas hacia un distrito de riego manejado por el HIMAT” requiere del correspondiente permiso o de la autorización de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, por estar ya vigente la Ley 10 de 1981 cuyo artículo 4º, letra f) le atribuye “reglamentar, administrar, conservar, manejar y fomentar los recursos renovables y del medio ambiente”. Por consiguiente, la facultad que el artículo 9º del Decreto 132 de 1976 otorga al HIMAT debe ser ejercida tomando en consideración que la Corporación Autónoma Regional del Tolima actualmente administra los recursos naturales renovables comprendidos en la región. Las dos instituciones, como entidades de derecho público y de carácter nacional, deben coordinar así sus actividades para el cumplimiento concurrente de su finalidad esencial.

En otros términos, si la Corporación Autónoma Regional del Tolima administra los recursos naturales renovables y del medio ambiente en la zona que le corresponde, el HIMAT debe desarrollar sus actividades dentro de la región en perfecta armonía con las funciones de la Corporación”.

## Reserva de documentos. Documentos del D.A.S.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 13/11/2003  
Radicado: 11001-03-24-000-2003-0329-01 (0329)  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 23/03/2000  
Radicado: 1273  
Ponente: César Hoyos Salazar

La Sala encuentra que la norma demandada no creó la reserva de documentos públicos puesto que ya estaba previsto a nivel constitucional. Simplemente el Ejecutivo, al desarrollar las facultades que le otorga el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, reiteró que, dada la naturaleza de las funciones a cargo del DAS, relacionadas con la salvaguarda de la seguridad nacional, los documentos, mensajes, grabaciones, fotografías y **material clasificado** del Departamento, tienen carácter secreto o reservado, lo cual está conforme con la excepción consagrada en el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, entendiéndose por material clasificado del DAS, las investigaciones arrojadas por resultados de dictámenes dactiloscópicos, grafológicos, fotográficos o de información personal, lo que implica, además, que los documentos relacionados por ejemplo, con ingreso a la función pública de sus servidores, las relativas a contratación, carrera administrativa, etc., siguen para su manejo y publicidad las normas generales respecto de documentos que reposan en archivos de entidades públicas. Respecto de la reserva existente sobre los documentos e información que maneja el DAS, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuó:

“Como se advierte, el principio general es que la información de los archivos que posea el DAS es reservada y, en consecuencia, no es procedente su consulta o la entrega de copias o fotocopias de la misma a personas que la soliciten en uso del derecho de petición, con tres excepciones puntuales para la expedición de certificados o informes de las anotaciones allí contenidas, a saber: a) la del peticionario de su propio registro, tal como lo establece el art. 15 de la C.P., b) la del funcionario judicial o de policía que requiera la información de una persona para una investigación sobre ella, y c) la de

la autoridad administrativa que necesite la información sobre una persona llamada a ejercer un cargo público.

Esta última excepción, se encuentra modificada por el artículo 17 del decreto anti-trámites 2150 de 1995, en el sentido de que para tal solicitud de antecedentes judiciales o de policía, por parte de la entidad estatal, se requiere la autorización escrita del ciudadano nombrado. La Sala responde: La información que posee el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- es reservada, de manera que no es procedente facilitar la consulta de los documentos que tiene en sus archivos o expedir copia de los mismos, a cualquier persona. No obstante, es procedente atender la solicitud de certificados o informes sobre las anotaciones contenidas en los archivos que tiene el DAS, cuando se trate del peticionario de su respectivo registro, o de un funcionario judicial o de policía para una investigación sobre determinada persona, o de una entidad estatal, para conocer los antecedentes judiciales y de policía de una persona que ha sido llamada a desempeñar un cargo público, siempre y cuando tenga la autorización escrita de esa persona". (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Cesar Hoyos Santafé de Bogotá, D.C, 23 de marzo de 2000, Radicación número: 1273).

## Seguridad aérea



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 13/02/2014

Radicado: 25000-23-24-000-2006-00010-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/12/05

Radicado: 1706

Ponente: Gustavo Aponte

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda interpuesta en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de 17 de agosto de 2005, por medio del cual el Director de Operaciones Aéreas de

la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ordenó que a partir de cierta fecha y hora ninguna aeronave de la empresa West Caribbean Airways S.A. podría volar en el espacio aéreo Colombiano, por inspección técnica hasta nuevo aviso.

(...)No es necesario ahondar en el análisis de otras pruebas para establecer que de conformidad con la facultad que otorgan las normas en materia de medidas preventivas **“Cuando se detecten hechos u omisiones que, aun sin constituir infracción, entrañen grave e inminente riesgo para la seguridad aérea, o para la vida o bienes de las personas...”**. Luego del accidente ocurrido con una aeronave de la empresa actora en el vecino país de Venezuela, los funcionarios de la Aeronáutica Civil estaban en su deber legal de activar una alerta inmediata para verificar el buen estado de las aeronaves de la empresa West Caribbean, a sabiendas de que dicha empresa se encontraba en un estado económico financiero que no le permitía pagar sueldos y prestaciones sociales a tiempo y tampoco tenía un margen operacional y por ende no tenía recursos para atender el resto de gastos y costos no operacionales. Tal era la situación de la empresa que el 6 de septiembre de 2005 por resolución 03979 se suspendió el permiso de operación de la empresa demandante y el 17 de octubre de 2006 se canceló el permiso de operación de dicha empresa.

Así pues resulta claro que la medida consignada en el acto acusado es una medida preventiva, un acto de ejecución inmediata dictado con base en el poder de policía de la aeronáutica tendiente a preservar la seguridad de una actividad peligrosa, como es la aviación, y que a criterio de esta Corporación, fue una medida necesaria puesto que la administración debía actuar con la diligencia y la prudencia debidas ordenando la inspección técnica de las aeronaves de la empresa demandante precaviendo un mal mayor y protegiendo la vida de las personas. En efecto, sobre la seguridad aérea ésta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos<sup>53</sup>:

“Tales actividades interesan a la seguridad del Estado, ya que son esenciales para el transporte de personas y de mercancías del país, que debe ser continuamente prestado, de manera que si ocurre una paralización por cualquier causa, técnica o de falla humana, o incluso por algún acto terrorista, se altera la operación de una actividad fundamental para el país,

---

53 Sentencia de 15 de diciembre de 2005, Número de Radicación: 1706, Consejero Ponente: Carlos Gustavo Aponte

con el consiguiente perjuicio para los usuarios, la comunidad en general y por supuesto, las autoridades institucionales. De ahí la importancia de efectuar los controles y revisiones constantes en una actividad de por sí riesgosa, como la aeronáutica y por ello, son indispensables los funcionarios que garantizan la correcta operación de la misma. El transporte aéreo constituye un servicio público esencial y la seguridad aérea es un deber del Estado, el cual tiene que atender con la máxima diligencia, para lo cual requiere contar con los funcionarios calificados que la presten.”

### *Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Naturaleza jurídica*

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Tercera Fecha: 03/04/2013 Radicado: 44001-23-31-000-2001-00655-01 (24254) Ponente: Mauricio Fajardo Gómez
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 16/09/2010 Radicado: 2026 Ponente: Enrique José Arboleda

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó en el sentido de señalar la imposibilidad de considerar al SENA como una institución de educación superior, dado el régimen jurídico especial del cual gozan éstas últimas a partir del texto constitucional, pero reafirmó el importante rol que realizan en el marco de la prestación del servicio de educación. En efecto:

“La formación profesional integral como objetivo y función principal del SENA es reiterada en los artículos 3 y 4 de esa ley. Ahora bien, el numeral 6 del artículo 4 permite al SENA adelantar ‘programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas’.

Integrando la ley 119 de 1994 con lo expuesto en el artículo 137 de la ley 30 de 1992, es posible distinguir tres situaciones:

- i) En cuanto a la formación profesional integral y otros servicios de capacitación a los trabajadores, aspectos que conforman su misión

esencial desde que fue creado en 1957, se aplicarán las normas especiales de la ley 119 de 1994.

- ii) En su funcionamiento se regirá por las normas especiales que le son propias, lo cual es concordante con la ley 30 de 1992, y,
- iii) En cuanto desarrolle programas de educación superior, el régimen académico de esa actividad será el de la ley 30 de 1992, y las normas que la modifiquen o reformen.

Esto último significa que en desarrollo de esa actividad académica, según se ha explicado, el SENA deberá ajustar el contenido de los programas y títulos que otorga a lo dispuesto en las normas que regulan la educación superior, esto es, la ley 30 de 1992 y las que la adicionen, modifiquen o reformen, como es el caso de la ley 749 de 2002.

Advierte la Sala que la autorización dada al SENA para ofrecer programas en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional, no la convierte o transforma en institución de educación superior, por la sencilla razón que su régimen jurídico definido por ley ha establecido sin asomo de duda su naturaleza jurídica y misión específica encomendada y, por tanto, no puede tener esa condición. A ello debe agregarse que nunca ha sido considerada como institución de educación superior por las normas que rigen ese servicio. De esta manera lo dispuesto en la ley 119 en el sentido de autorizar al SENA para ofrecer programas de educación superior en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional, resulta compatible con lo establecido en las leyes 30 y 749 sobre el régimen académico aplicable al SENA respecto de tales programas, y con la naturaleza jurídica, misión y objetivos de esa entidad previstos en la ley 119, sin que ello signifique que el SENA deba cumplir con todos los requerimientos y exigencias de una institución de educación superior, comoquiera que, se insiste, su naturaleza, misión, organización y funcionamiento no corresponde a ese tipo de entidades<sup>54</sup>.

A la luz de lo anterior, para la Sala si bien el SENA no puede ser catalogado como una Institución de Educación Superior, no es menos cierto que no existe duda alguna

---

54 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 16 de septiembre de 2010, Exp. 2026, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

en que al cumplir su misión de *formación profesional integral*, presta el servicio de educación y se le deben aplicar las reglas relativas a la falla de este servicio. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que el SENA es responsable patrimonialmente por los perjuicios causados al señor Suárez Levette por el accidente que ocurrió el 20 de junio de 2001.

## Sociedades públicas y asociaciones entre entidades públicas. Diferencias



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 23/08/2012

Radicado: 88001-23-31-000-2009-00013-01

Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E)



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 14/03/2002

Radicado: 1396

Ponente: Susana Montes

### **Primer cargo.- Incompetencia de la CVC para proferir el acto acusado por encontrarse inhabilitada para aceptar la modificación de la licencia ambiental.**

Para el actor, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC viola los principios de moralidad, igualdad, imparcialidad, responsabilidad y transparencia establecidos en la Ley 489 de 1998, toda vez que al ser accionista de EPSA S.A. E.S.P. se encontraba impedida para aceptar la solicitud de modificación de la licencia ambiental que le había concedido a dicha empresa, lo cual hace evidente la parcialidad con la que fue tomada la decisión contenida en el acto acusado.

El artículo 102 de la Ley 489 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, establece que las inhabilidades e incompatibilidades se predicán de los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos

domiciliarios. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación mediante Concepto 1366 de 18 de octubre de 2001, sostuvo que a los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales se les aplican las inhabilidades previstas en el régimen general y las correspondientes a cada uno de sus miembros en razón de su cargo en cuanto servidores públicos y, las propias de los particulares que cumplen funciones públicas. En esa oportunidad dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

“Como consecuencia de la inaplicación del artículo 19 del decreto 1768 de 1994 a los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se les aplican las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el régimen general y las correspondientes a cada uno de sus miembros en razón de su cargo en cuanto servidores públicos y, las propias de los particulares que cumplen funciones públicas. Un miembro de un Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional elegido como diputado o concejal, no puede hacer parte de un consejo directivo de una corporación autónoma regional, por expresa prohibición del artículo 44 numeral 1º literal a) de la ley 200 de 1995 y 45 de la ley 136 de 1994. No es viable elegir como miembro de un consejo directivo de una corporación autónoma regional, a un diputado, o concejal, por expresa incompatibilidad legal prevista en los artículos 44 y 45 mencionados de las leyes 200 de 1995 y 136 de 1994, respectivamente. Un miembro del Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional, puede ser nombrado como empleado público de libre nombramiento y remoción de la misma Corporación, una vez finalizado su período institucional como consejero o una vez presentada la renuncia a este cargo. Como consecuencia de la inaplicación del artículo 19 del decreto 1768 de 1994 a los miembros de los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, no les resulta aplicable el artículo 10 del decreto ley 128 de 1976. En materia contractual a los miembros del consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales, se les aplica las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993. La excepción en materia de inhabilidades e incompatibilidades prevista en el artículo 10 de la ley 80 de 1993, no es aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro. No es posible que la organización no gubernamental del

sector ambiental pueda celebrar contratos con la respectiva corporación autónoma regional en la cual el representante de aquella sea miembro del consejo directivo. El cónyuge o compañero permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del representante legal de la organización no gubernamental de carácter ambiental o de otro miembro de la organización que forma parte del consejo directivo de una corporación autónoma regional, no puede participar en licitaciones, concursos públicos, contrataciones directas y celebrar contratos con la Corporación.”

De lo anterior se deduce que las inhabilidades se predicen de las personas naturales o mejor, en este caso, de los Representantes Legales y miembros de los Consejos y Juntas Directivas de las Corporaciones Autónomas Regionales y no como lo pretende demostrar el actor, respecto de personas jurídicas o de la entidad pública como tal, pues la responsabilidad de las conductas que configuran una inhabilidad se predica de la persona o del servidor público y no de la institución. Por lo expuesto, este cargo no prospera.

**Tercer cargo.- Los actos acusados desconocen la franja de protección mínima de los humedales prevista en el artículo 24 del Decreto 1409 de 1985.**

(...) La Guía Ambiental establece que las autoridades ambientales pueden hacer uso efectivo de esta Guía dentro de su proceso de control y seguimiento de proyectos, ya que ésta recoge lo esencial de un proyecto de distribución eléctrica en términos de afectación al entorno natural y socioeconómico, y presenta soluciones típicas y viables para su prevención, corrección, mitigación y/o compensación. Para la localización de los proyectos se debe tener en cuenta los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo local, regional y nacional, y las restricciones establecidas por la ley, tales como áreas protegidas legalmente constituidas por las autoridades ambientales, entes territoriales y/o sociedad civil, zonas de humedales, ciénagas, nacimientos de agua, páramos, subpáramos y zonas de recarga de acuífero; áreas de valor histórico, arquitectónico y arqueológico declaradas como patrimonio cultural o de la humanidad, monumentos nacionales, entre otras. Dentro de las recomendaciones generales para la correcta definición y trazado de las líneas de distribución eléctrica contenidas en la Guía Ambiental, está la de minimizar el cruce de cuerpos de agua, zonas de nacimientos y humedales; por tal razón, la misma guía establece que de acuerdo con el artículo 3º

numeral 1º literal b) del Decreto 1449 de 1977, se deben guardar retiros de 30 metros a cuerpos de agua y de 100 metros a nacimientos. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en el Concepto de 28 de octubre de 1994 (Expediente 642, M.P. Dr. Javier Henao Hidrón), al resolver la consulta presentada por el Ministro de Gobierno a petición del Alcalde Mayor de Bogotá, sobre la calificación y tratamiento jurídico de los humedales sostuvo lo siguiente:

**“Naturaleza de los humedales:** Aunque definidos simplemente como ‘terrenos húmedos’ por el Diccionario de la Lengua Española, es lo cierto que los humedales representan un recurso ambiental con incidencia ecológica, científica, recreacional y paisajística; como ecosistema, su riqueza animal y vegetal no es solo autóctono sino también migratorio; y al ser terrenos cubiertos de una capa de agua, forman parte del sistema hídrico, convertidos en formas destinadas a regular los niveles freáticos y prevenir o amortiguar inundaciones.

Al estar destinados como componentes naturales al cumplimiento de una función reguladora del medio ambiente, los humedales de propiedad de la República se consideran como bienes de uso público. Y aunque dichos humedales pueden existir también en terrenos de propiedad privada, siempre les es inherente una función social y ecológica, según el mandato contenido en el artículo 58 de la Constitución Política. Por eso, en caso de conflicto, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (...) Conceptúa:

1.-Dada sus características y funciones naturales, los humedales son bienes de uso público, salvo los que formen parte de 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.

2.- 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.

3.- 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. (...)

6.- 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 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 que impliquen su enajenación, subdivisión, loteo, parcelación o segregación. (...)

### Superintendencias. Funciones jurisdiccionales



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 30/07/2009

Radicado: 11001-03-24-000-2004-00266-01

Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/04/1997

Radicado: 950

Ponente: María Elena Giraldo

No puede afirmarse en términos absolutos que contra los actos de naturaleza jurisdiccional que emitieran las Superintendencias no cabe acción alguna ante las autoridades judiciales, puesto que si cabe la acción de tutela en los eventos en que ésta sea procedente contra providencias judiciales; que contengan la omisión de derechos fundamentales. Respecto de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avanzado en la definición de criterios sobre el particular. El Consejo de Estado ha dicho:

“La ley le permite a dicha entidad, en la providencia de apertura del trámite de liquidación obligatoria, ordenar el avalúo de todos los bienes embargables del deudor, tomar las medidas cautelares de embargo y secuestro, con

prevalencia de otras medidas idénticas que se hayan decretado y practicado “en otros procesos” en que se persigan bienes del deudor (Art. 157 *ibídem*). Dicha ley al aludir al proceso judicial concursal y la liquidación obligatoria, no previó ninguna intervención administrativa de inspección, vigilancia y control sobre el proceso judicial. Es claro que esas modalidades de intervención material administrativa tienen causa sólo en actuaciones u omisiones de la sociedad comercial que es sujeto pasivo de esas competencias, como en el caso consultado. La función administrativa de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia no se proyecta sobre actuaciones judiciales. Siendo el proceso concursal y la liquidación obligatoria actuaciones judiciales, no están sometidas a ninguna intervención estatal de contenido administrativo. Por ello las clásicas funciones administrativas de las superintendencias (inspección, vigilancia y control) no tienen ninguna vinculación al proceso jurisdiccional de liquidación obligatoria, que regla la ley 222 de 1995, atribuido en forma especial y privativo a la Superintendencia de Sociedades”: (Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Dra. Maria Elena Giraldo. Radicación 950. 16 de abril de 1997)

### *Superintendencia de Industria y Comercio. Atribuciones*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 23/03/2001  
Radicado: 11001-03-15-000-2001-0060-01 (0060)  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 11/04/2002  
Radicado: 1412  
Ponente: Susana Montes de Echeverri

Se aduce exceso en el uso de las facultades por parte del Presidente de la República al asignar presuntamente, funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio y permitirle funciones que ni siquiera tiene la Superintendencia de Servicios Públicos en relación con los servicios públicos domiciliarios. Respecto de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio es claro el artículo 144 de la Ley 146 de 1998 cuando señala: “Facultades sobre competencia desleal. En las

investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes”. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 11 de abril de 2002, respecto de las atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, conceptuó:

“De acuerdo con el estatuto del consumidor que prevé que los perjuicios derivados de la violación de sus normas, generan acción por la vía ordinaria y las leyes 256 de 1996 y 446 de 1998, según las cuales se establecen las clases de acciones derivadas de la competencia desleal, las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene atribuciones de naturaleza distinta, unas de carácter administrativo propias de la función de policía administrativa que ejerce más de forma preventiva que represiva, en las materias de promoción de la competencia y prácticas restrictivas del comercio. Las de competencia desleal, son de naturaleza dual pueden ser administrativas, como las multas o pueden ser de orden jurisdiccional, éstas últimas sin perjuicio de las competencias de los jueces, como mecanismo de descongestión, las cuales conoce a prevención y hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, *contrario sensu* de las de la Comisión Nacional de Televisión, las de la Superintendencia señaladas en la ley 446 de 1998, carecen de control jurisdiccional posterior.

La Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 2001 así lo expresa: “**Los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal.** De acuerdo con el estatuto del consumidor que prevé que los perjuicios derivados de la violación de sus normas, generan acción por la vía ordinaria y las leyes 256 de 1996 y 446 de 1998, según las cuales se establecen las clases de acciones derivadas de la competencia desleal, las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene atribuciones de naturaleza distinta, unas de carácter administrativo propias de la función de policía administrativa que ejerce más de forma preventiva que represiva, en las materias de promoción de la competencia y prácticas restrictivas del comercio. Las de competencia desleal, son de

naturaleza dual pueden ser administrativas, como las multas o pueden ser de orden jurisdiccional, éstas últimas sin perjuicio de las competencias de los jueces, como mecanismo de descongestión, las cuales conoce a prevención y hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, *contrario sensu* de las de la Comisión Nacional de Televisión, las de la Superintendencia señaladas en la ley 446 de 1998, carecen de control jurisdiccional posterior.

La Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 2001 así lo expresa: *“En primer lugar, los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal. Segundo, las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, por virtud de los principios constitucionales de igualdad y de excepcionalidad en la atribución de este tipo de funciones a entidades administrativas. Ello excluye del carácter jurisdiccional, atribuciones tales como las de imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 4 del D. 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a las quejas que no sean significativas, o llevar registros”*.

(...) La interpretación sistemática de las normas de atribución de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, indican que como entidad técnica de intervención estatal, tiene por finalidad garantizar la calidad de los bienes y servicios y el control sobre la información que se suministre al público en la comercialización de aquellos y cumplir la intervención estatal en la economía y mercado nacionales que ordenan los artículos 78 y 333 de la Constitución Política, para las actividades industriales y comerciales de los particulares, tanto es así, que su adscripción en la estructura del Estado, es con el Ministerio de Desarrollo Económico. La competencia de dicha Superintendencia es de carácter general y residual, es decir, le está asignado todo aquello que, en esta materia, no esté atribuido en forma especial a otras autoridades, como las del mercado bursátil o financiero, o los servicios públicos de transporte o domiciliarios, entre otros. De ahí que la función de dicha Superintendencia, sea *“Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las*

*normas vigentes a otras autoridades*”, en los términos del artículo 2º del decreto 2153 de 1992”. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Abril 11 de 2002. C.P. Dra. Susana Montes).

## Superintendencia de Industria y Comercio. Investigaciones a entidades financieras



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 27/04/2016

Radicado: 25000-23-24-000-2008-00129-01

Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 05/03/2008

Radicado: 11001-03-06-000-2008-00007-00

Ponente: Gustavo Aponte Santos

A este respecto, según lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su pronunciamiento del 5 de marzo de 2008<sup>55</sup>, es pertinente anotar que:

“los bancos asociados a las redes se encuentran obligados por causa de las resoluciones aludidas, no por ser sujetos sometidos a la vigilancia y control de la SIC en materia financiera sino porque se comprometieron jurídicamente al coadyuvar los ofrecimientos de las redes y sus representantes legales para que la SIC clausurara la investigación” y que “[l]a obligación de los bancos asociados ante la SIC tiene su fuente jurídica en su manifestación de voluntad que al ser aceptada por ésta mediante las mencionadas resoluciones, debe ser cumplida conforme a lo estipulado en ellas”<sup>56</sup>.

En ese sentido -concluye dicha Sala- que:

“[n]o es que la SIC esté invadiendo la esfera de competencia de la SFC en cuanto concierne a los bancos sino que éstos se obligaron válidamente ante la SIC, y en tal virtud, por dicha causa, deben cumplir sus compromisos”.

55 Aunque este concepto es posterior a los actos administrativos acusados, es ilustrativo para efectos de la decisión que la Sala profiere en este asunto, como quiera que se refiere precisamente a la actuación administrativa que concluyó con las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, las que constituyen parte de los antecedentes administrativos de los actos objeto de demanda en este proceso.

56 Negrillas ajenas al texto original.

(...) Cabe también recordar que mediante decisión del 5 de marzo de 2008, Expediente No. 11001-03-06-000-2008-00007-00, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado decidió declarar competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para:

“(...) exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados por Redeban Multicolor S.A., su representante legal y sus bancos asociados, mencionados en la Resolución No. 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 344402 del 14 de diciembre de 2006, ambas expedidas por dicha Superintendencia, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, señalados en la Resolución No. 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia. (...)”

Dentro de las consideraciones que tuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado debe destacarse aquella consistente en que:

“(...) los bancos asociados a las redes se encuentran obligados por causa de las resoluciones aludidas, no por ser sujetos sometidos a la vigilancia y control de la SIC en materia financiera sino porque se comprometieron jurídicamente al coadyuvar los ofrecimientos de las redes y sus representantes legales para que la SIC clausurara la investigación. (...) No es que la SIC esté invadiendo la esfera de competencia de la SFC en cuanto concierne a los bancos sino que éstos se obligaron válidamente ante la SIC, y en tal virtud, por dicha causa, deben cumplir sus compromisos (...)”.

## Superintendencia de Servicios Públicos. Competencias sancionatorias.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 07/09/2000  
Radicado: CE-SEC1-EXP2000-N6214  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 16/06/1997  
Radicado: 931  
Ponente: Luis Camilo Osorio

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-24-000-1998-0857-01 (6639)

*La Potestad Sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre personas naturales que laboran en las empresas de servicios públicos.* Estando plenamente establecido que la sanción impuesta a través de los actos acusados, se encuentra expresamente contemplada en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994), y que el artículo 81 de dicha norma incluye dentro del catálogo de medidas coercitivas, sanciones de tipo institucional y de índole personal, queda sólo por precisar si la medida de amonestación utilizada como herramienta coercitiva, en el caso analizado, podía recaer sobre empleados de las empresas prestatarias de los servicios. Lo anterior, dejando por sentado que, en términos generales, la procedencia de las sanciones de índole personal no son extrañas a la potestad sancionatoria propia de la actividad de policía administrativa. Precisamente, sobre ese tópico en particular, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en atención a consulta elevada por el Ministro de Desarrollo Económico respecto de las competencias sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos. Así, mediante concepto No 931 de 16 de junio de 1997, con ponencia del Consejero Luis Camilo Osorio Isaza, la Sala precisó el punto, señalando entre otros apartes lo siguiente:

“A juicio de la Sala, el legislador al establecer la procedencia de sanciones sobre las personas naturales que prestan sus servicios en las mencionadas empresas, ha entendido que las actividades de prestación de servicios se

cumplen por parte de tales empresas con la dirección y el concurso de personas naturales, en cuanto forman parte de una organización empresarial y de cuya gestión y actividad depende la debida y oportuna prestación de los servicios. Esas atribuciones no son extrañas a las respectivas funciones en sus propias competencias de otras Superintendencias, como es el caso de la Bancaria (art. 325, decreto 663793) o la de Valores (decretos 2739/91 y 2155/92). (...) Lo anterior significa el trámite previo a la actuación administrativa del debido proceso, donde se permita a la persona objeto de la sanción conocer las acusaciones en las que se funde la medida, contestar el traslado de cargos que se le formule, cumplir la evaluación de las pruebas y la observancia de todas las formalidades previas previstas en la Constitución y la ley.”

También en dicha oportunidad, se ocupó la Sala de Consulta y Servicio Civil de precisar que la facultad sancionatoria que, en desarrollo del poder de policía compete a la Superintendencia de Servicios Públicos, como entidad en la cual la propia Carta radicó las funciones de inspección y vigilancia, difiere de la facultad disciplinaria propia de los órganos de control interno de cada entidad, como de la Procuraduría General de la Nación, así:

“La competencia constitucional y legal de naturaleza administrativa, a cargo de un organismo que forma parte de la rama ejecutiva del poder público, para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre quienes prestan los servicios públicos, es distinta de las materias disciplinarias a cargo de los superiores jerárquicos de las respectivas entidades y de la que ejerce con preferencia el Ministerio Público. Estos últimos sancionan la conducta oficial de los servidores públicos por incumplir los deberes propios del cargo, por omisión o extralimitación de funciones, y también por infringir la Constitución y la ley. “La SSPD tiene competencia intervencionista que se manifiesta en facultades de policía administrativa, en orden a regular y garantizar la debida prestación de un servicio público de la especie “domiciliario” y las actividades que resulten complementarias y se extiende a las personas que laboran en las E.S.P. y a las demás que realicen actividades en otras entidades las cuales resultan complementarias de los servicios domiciliarios. En cambio la facultad sancionatoria del Procurador General tiene competencia sobre los servidores

públicos y sólo sobre ellos cuando laboren en las empresas industriales y comerciales y en las E.S.P. oficiales como consecuencia del incumplimiento de las responsabilidades en el ejercicio de sus funciones o por violación del régimen disciplinario contemplado en la ley 200/95”

Dada la precisión del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil cuyos apartes relativos al tema cuestionado se han transcrito, sólo cabría agregar dos reflexiones: de una parte, que el efecto educativo y ejemplarizante de la sanción se pone de relieve en el instrumento de la sanción de índole personal, frente a las sanciones de tipo institucional, en cuanto enfatiza las necesarias exigencias de responsabilidad, compromiso y profesionalismo en el ejercicio de actividades que afectan al interés de la comunidad y que, por consiguiente, presuponen una carga especial de responsabilidad e idoneidad. En segundo lugar, debe anotarse que el objeto esencial que guía la actividad de la agencia gubernamental a la cual compete, por canon constitucional, vigilar la prestación de un servicio público esencial, consiste en la tutela de los intereses de los usuarios y en la protección de los derechos que la ley consagra a su favor, entre ellos, el de tener pronta respuesta a sus reclamos, quejas y recursos relacionados con la prestación de los mismos. Es por ello, que el primer principio que guía la función presidencial de control, inspección y vigilancia, desplegada por la Superintendencia, es *“La defensa de los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios”* (art.3º, literal a) Decreto 548 de 1995)

En este orden de ideas, las consecuencias sancionatorias generadas por la demora en atención de las reclamaciones de los usuarios, frente a las cuales se requiere la acción preventiva y coercitiva que legalmente ha sido radicada en el ámbito de acción de la Superintendencia de Servicios Públicos, encuentra justificación en la protección del interés general que revierte el cumplimiento de la finalidad social del Estado en la prestación de dichos servicios y, como se mencionó anteriormente, por cuanto la protección a los usuarios empieza por la exigencia del cumplimiento de las disposiciones que regulan su relación con las empresas prestatarias de dichos servicios. Adicionalmente, es indudable que la no atención de las reclamaciones de los usuarios genera desfavorables consecuencias también para la empresa prestadora del servicio, pues a la par que afecta la eficacia en la prestación del servicio, implica el reconocimiento de un silencio positivo a favor del reclamante, el cual incluso puede conllevar asunción de responsabilidades y cargas onerosas para la misma entidad.

## Superintendencia de Sociedades. Funciones jurisdiccionales.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 21/11/2003  
Radicado: 25000-23-24-000-2001-0408-01 (9061)  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 16/04/1997  
Radicado: 950  
Ponente: María Elena Giraldo

El acto de fijación de honorarios por parte de la Superintendencia de Sociedades es un acto eminentemente jurisdiccional como que forma parte precisamente del acto de apertura del trámite liquidatorio. El Decreto 350 de 1989, mediante el cual se expidió el nuevo régimen para los concordatos, dispuso que en los de carácter obligatorio que se iniciaran con posterioridad a su vigencia, la decisión de las situaciones a cargo de los jueces civiles del circuito, pasaría a ser competencia del Superintendente de Sociedades. El artículo 32 del Decreto 350 de 1989 se encuentra justificado en la demora de los procesos judiciales de concordatos obligatorios tramitados con anterioridad a su vigencia. El objetivo de transferir cierto tipo de decisiones a autoridades no judiciales como las Superintendencias era lograr un mayor grado de eficacia del principio fundamental del régimen político y complementario de la división de poderes y la colaboración de los mismos. Ahora bien, no puede afirmarse en términos absolutos que contra los actos de naturaleza jurisdiccional que emitieran las Superintendencias no cabe acción alguna ante las autoridades judiciales, puesto que si cabe la acción de tutela en los eventos en que ésta sea procedente contra providencias judiciales; que contengan la omisión de derechos fundamentales.

Respecto de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avanzado en la definición de criterios sobre el particular. El Consejo de Estado ha dicho:

“La ley le permite a dicha entidad, en la providencia de apertura del trámite de liquidación obligatoria, ordenar el avalúo de todos los bienes embargables del deudor, tomar las medidas cautelares de embargo y secuestro, con prevalencia de otras medidas idénticas que se hayan decretado y practicado “en otros procesos” en que se persigan bienes del deudor (Art. 157 *ibídem*). Dicha ley al aludir al proceso judicial concursal y la liquidación obligatoria, no previó ninguna intervención administrativa de inspección, vigilancia y control sobre el proceso judicial. Es claro que esas modalidades de intervención

material administrativa tienen causa sólo en actuaciones u omisiones de la sociedad comercial que es sujeto pasivo de esas competencias, como en el caso consultado. La función administrativa de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia no se proyecta sobre actuaciones judiciales. Siendo el proceso concursal y la liquidación obligatoria actuaciones judiciales, no están sometidas a ninguna intervención estatal de contenido administrativo. Por ello las clásicas funciones administrativas de las superintendencias (inspección, vigilancia y control) no tienen ninguna vinculación al proceso jurisdiccional de liquidación obligatoria, que regla la ley 222 de 1995, atribuido en forma especial y privativo a la Superintendencia de Sociedades”: (Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Dra. Maria Elena Giraldo. Radicación 950. 16 de abril de 1997):

### *Veedor. Exceso en el ejercicio de las funciones.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 23/05/1995  
 Radicado: CE-SEC1-1995-N3042  
 Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 27/07/1994  
 Radicado: 626  
 Ponente: Javier Henao Hidrón

Para la Sala resulta claro que el señor Veedor del Tesoro se extralimitó en el ejercicio de sus funciones puesto que a través del acto acusado suspendió la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá más allá del término de tres años que se le señaló para el desempeño de su cargo en el artículo transitorio 34 de la Carta Política, el cual venció el 1 de agosto de 1994, conforme lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 27 de julio de 1994, Consejero ponente, doctor Javier Henao Hidrón, Radicación No. 626. Por ello, resulta desprovisto de fundamento lo afirmado por el apoderado de la entidad demandada en la contestación de la demanda en el sentido de que su competencia cobijaba todas las elecciones de 1994, incluida la del 30 de octubre del mismo año. Igualmente es desacertado lo sostenido por el citado apoderado de que por razón de la descentralización y la autonomía de que gozan las entidades territoriales se justificaba el control de las elecciones locales, dado que la competencia que se le asignó al Veedor del Tesoro solo podía ejercitarse, como antes se dijo, durante su período y sin tener en cuenta la clase de autoridad que asignará las partidas presupuestales en forma contraria el precepto constitucional.



## II. ASUNTOS ELECTORALES

### *Circunscripciones especiales de minorías étnicas. Alcance del inciso 2o. del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.*



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Quinta  
Fecha: 14/05/2015  
Radicado: 11001-03-28-000-2014-00104-00  
Ponente: Susana Buitrago Valencia



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 18/04/13  
Radicado: 2141  
Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

A partir de lo anterior y para el caso *sub examine* habrá de ocuparse y definir la Sala de si obtenida la personería jurídica por lograr representación en el Congreso, tales partidos se encuentran habilitados para avalar candidatos por otras circunscripciones además de la especial y de si con ocasión de la reforma de sus estatutos, específicamente en cuanto a su naturaleza del partido, le está prohibido inscribir candidatos para la circunscripción especial, por no estar representando exclusivamente a las comunidades indígenas. El primero de los interrogantes queda solucionado con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que al responder una consulta que se le formuló, precisó:

1. “¿Si el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 que prohíbe a los partidos con personería jurídica presentar candidatos a la circunscripción de minorías étnicas incluye también aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas?

No. La prohibición establecida en el inciso 2o. del artículo 28 de la ley 1475 de 2011, no se aplica a los partidos y movimientos políticos **que adquirieron**

### **su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas.**

2. “¿Estos partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minorías?”

Sí. Por cuanto no existe una norma que así lo prohíba y porque además resultaría discriminatorio para los intereses de los partidos que representan estas comunidades, sin que exista un fin constitucional que así lo justifique.”<sup>57</sup>

Conforme a este concepto que la Sala avala, aplicándolo al caso concreto, significa que el Partido ASI podía participar en los comicios para elegir los representantes al Senado de la República por la circunscripción especial de las comunidades indígenas, pues tuvo origen en su fundación con el propósito de agrupar la población indígena que representa<sup>58</sup>, y ello le permitió lograr su inicial participación al Senado, al obtener una curul.

Tal determinación respecto de que los partidos y movimientos políticos surgidos inicialmente para la representación especial por comunidades indígenas y que luego obtienen personería jurídica sí están facultados para inscribir candidatos para el Senado tanto por la circunscripción ordinaria como por la especial de minorías étnicas, fue el sentido del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en respuesta a la consulta que se le elevó.

---

57 Concepto del 18 de abril de 2013. Radicación interna: 214. Número Único: 11001-03-06-000-2013-00051-00 Referencia: Alcance del inciso 2o. del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Circunscripciones especiales de Minorías Étnicas.

58 *Esto se advierte de los objetivos que constituyeron los primigenios estatutos, así:* “1. Aglutinar a los diferentes sectores étnicos sociales en un movimiento amplio con fuerte orientación hacia los sectores étnicos indígenas, negros y raizales y demás sectores sociales y políticos que compartan nuestros principios y que estén dispuestos a luchar por mejores condiciones de vida para todos los colombianos”

## Concejales. Asistencia de los suplentes a las sesiones.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 20/11/1992  
 Radicado: CE-SEC1-1992-N1832  
 Ponente: Miguel González Rodríguez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 31/03/1978  
 Radicado: 1201  
 Ponente: Miguel González Rodríguez

Para la Sala el *quórum* se integra con la presencia y actuación en las sesiones de los concejales suplentes, sólo en la medida en que se haya comprobado la ausencia temporal de los principales con un medio documental que repose en la Secretaría del Concejo, del cual el Secretario de la corporación edilicia pueda dar fe, y amerite, en consecuencia, llamar al suplente respectivo, para lo cual se tendrá en cuenta el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a voces con los artículos 66 y 73 del Decreto 1333 de 1986, cuyos textos son trasunto fiel del artículo 196 de la Constitución de 1886, disposición ésta que corresponde al acto legislativo número 1 de 1968. Desde luego que la actuación del suplente sólo podrá darse válidamente después de tomar posesión del cargo según el inciso final del artículo 73 de aquel estatuto.

No basta, pues, una excusa telefónica o verbal; y la ausencia no debe ser simplemente accidental como si era posible en el régimen que imperaba antes de la vigencia de las precisadas normas, y en el cual se apoya infortunadamente el apelante. En efecto, aquel sistema que consagraba el artículo 3 de la ley 84 de 1915 autorizaba, “por derecho propio” a los suplentes para “ocupar puestos en los concejos municipales mientras los principales respectivos no se hayan presentado a ocupar su puesto, después de haber sido citados”. Así que si antes era para llenar faltas absolutas o accidentales de los principales, ahora es para las absolutas y temporales. Esto significa que el retiro accidental o momentáneo de un concejal principal no habilita al suplente para actuar en ese momento.

Todo lo anterior permite afirmar inequívocamente que en la expedición del Acuerdo 12 de 1989 sí se dio la irregularidad aducida en el fallo impugnado, toda vez que no se demostró la ausencia temporal de los concejales principales con un medio documental pertinente como lo previene la parte final del artículo 72 del C. R. M., lo

cual hubiera ameritado la validez de la actuación de los suplentes en las sesiones en que se aprobó el acto administrativo acusado. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto 1201 de 31 de marzo de 1978, que esta Sala acoge, ha expresado sobre el particular que la concurrencia de los suplentes a las sesiones de los concejos:

“no es caprichosa, sino que está regulada. Debe previamente acreditarse y aceptarse la ausencia del principal, por falta absoluta o temporal, para orden de la Corporación y para que no se rebase el número legal que la constituye y que puede intervenir en sus deliberaciones. Proceder de manera contraria es clara violación del orden jurídico...”

### Concejales. Derecho al pago de honorarios



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 20/10/2014

Radicado: 11001-03-25-000-2010-00261-00

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 22/05/1996

Radicado: 802

Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

Fecha: 24/08/1994

Radicado: 631

Ponente: Humberto Mora Osejo

En torno al reconocimiento de honorarios, por concepto de asistencia a sesiones, por parte de los Concejales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptualizado:

“7. El concepto de honorarios para los concejales expresa la contraprestación por su asistencia a sesiones que la Constitución determina en su favor y la Ley 136 de 1994 estructura y reconoce, en concordancia con el Decreto - ley 1421 de 1993 para el Distrito Capital”.<sup>59</sup> (Resalta la Sala).

<sup>59</sup> Concepto con radicación No. 802 de mayo 22 de 1996, Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza.

- “1) La Ley 136 de 1994 contempla los honorarios para los concejales como un incentivo por su labor, sin que constituyan remuneración de carácter laboral, y señaló límites para su reconocimiento. Sin embargo, para que los concejales tengan derecho al pago completo de los honorarios que se les reconozcan es necesario **que asistan** a las sesiones plenarias para las cuales sean convocados; en caso contrario, deberá reconocérseles una suma proporcional a las sesiones plenarias a que efectivamente asistieron en cada mes, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria a que haya lugar.
- 2) **El derecho al pago de honorarios corresponde a la asistencia de los concejales a las sesiones plenarias** de los períodos ordinarios o extraordinarios.
- 3) Si los concejales asisten a tiempo a una convocatoria para una sesión plenaria del concejo, realizada de conformidad con el reglamento interno, pero ella no se lleva a cabo por razones ajenas a su voluntad, de este hecho debe dejarse la correspondiente constancia por el secretario del concejo, según el mismo reglamento (artículo 31 *ibidem*). En este caso, la asistencia debidamente comprobada se computará para el pago de los honorarios.”<sup>60</sup> (Se resalta).

### Concejales. Reemplazo temporal.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 08/06/2000  
 Radicado: CE-SEC1-EXP2000-N5860  
 Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 09/07/1996  
 Radicado: 845  
 Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

Deduca la Sala, que la persona que reemplaza a un concejal titular, al asumir el cargo lo hará con la misma vocación y empeño de quien venía ejerciéndolo, y sus actuaciones y el desempeño de sus funciones, igualmente, puede acarrearle los mismos problemas y peligros de quien reemplaza; por consiguiente, desde este punto

60 Concepto con radicación No. 631 de agosto 24 de 1994. Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo.

de vista, se podría determinar el derecho a la igualdad para efectos de decidir sobre los derechos de reconocimiento de los seguros de vida y de salud. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (radicación número 845. Concepto de julio 9 de 1.996, Magistrado Ponente: Dr. Luis Camilo Osorio Isaza) conceptuó:

“Quienes reemplacen temporalmente a los Concejales titulares adquieren los mismos derechos de éstos, por el tiempo que dure su vacancia y mientras concurren a las sesiones de la Corporación. Los concejales que se retiran temporalmente conservan sus derechos en relación con los seguros de vida y salud, por cuanto la investidura se extiende hasta cuando concluya el período para el cual han sido elegidos o cesen definitivamente en sus funciones. El Fondo Rotatorio del Concejo de Santafé de Bogotá D.C. está en la obligación de asegurar la persona que entra a llenar la vacancia temporal, por el tiempo que dure esta y sin alterar la situación del régimen de los Concejales de Santafé de Bogotá, establece que éstos tienen derecho durante el período para el cual fueron elegidos a un seguro de vida y a otro de salud. En tal virtud, para efecto de la Constitución de la póliza, corresponde al Alcalde o quien el delegue su contratación con una compañía de seguros autorizada. El Distrito Capital cumple con la obligación legal de prestar atención médico asistencial a los concejales, con la contratación del seguro. Al Distrito Capital le corresponde pagar en su totalidad el valor de las primas por los seguros de vida y de salud”.

Las razones expuestas en el concepto parcialmente transcrito son de recibo por la Sala, para concluir que razón tuvo el Tribunal de primera instancia cuando considera que se desconoce un mandato constitucional, el de la igualdad, cuando la ley 136 de 1994 consagra prerrogativas sólo en relación con concejales titulares y con quienes los reemplacen en sus faltas absolutas, con olvido de quienes ingresan a integrar el concejo municipal reemplazando faltas temporales de los titulares.

## Doble asignación del tesoro público. Prohibición



### Sentencia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo

Fecha: 03/02/1981

Radicado: 451-CE-SCA-EXP1981-N557

Ponente: Carmelo Martínez Conn



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 25/02/1972

Radicado: 610

Ponente: Alberto Hernández Mora

El artículo 64 de la Constitución Nacional establece: *“Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios.* (Artículo 23 del acto legislativo número 1 de 1938).” En respuesta del 25 de febrero de 1972 la Sala de Consulta de esta Corporación, expresó sobre asignaciones provenientes del tesoro público:

“Es norma constitucional, Art. 58 de la Carta, la que prohíbe recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresa o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público —agrega el mismo precepto— el de la Nación, los Departamentos y los Municipios”. La disposición transcrita corresponde al artículo 23 del Acto Legislativo número 1 de 1936, reformativo del artículo 64, de la Constitución de 1886. La enmienda constitucional de 1935, tuvo como finalidad, ampliar y precisar el alcance de la prohibición al sustituir el concepto de “sueldo” por el más extenso de “asignación”, incluir en las asignaciones las provenientes de las empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, y al definir el Tesoro Público como el de la Nación, los Departamentos y los Municipios.” (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXII, primer semestre, 1972).

Se entiende por asignación, según el Diccionario del Derecho Usual de A. Cabañellas, el “sueldo, haber, emolumento, dotación, salario” y según el Diccionario de la Lengua Española, edición 1956, “la cantidad señalada por sueldo o por otro concepto”. El legislador al reglamentar el contenido del artículo 64 de la Constitución Nacio-

nal prohibiendo a las personas recibir más de una asignación del Tesoro Público, se refiere a los pagos sobre contratos, representación, comisión, honorarios y a cualquier clase de emolumentos originarios de la Nación, los Departamentos, los Municipios, las empresas y las instituciones en que tenga interés principal el Estado, siendo beneficiaría una sola persona.

No obstante lo anterior, investido el ejecutivo de facultades extraordinarias mediante la Ley 5a. de 1978, dictó el Decreto Extraordinario número 1042 del mismo año, en cuyo artículo 32 y en desarrollo del artículo 64 de la Constitución Nacional, estableció algunas excepciones. A su vez, en el artículo 18 del Decreto 3130 de 1968, se establece que los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos (...) Del contexto de las normas transcritas y frente al caso debatido, se llega a las siguientes conclusiones:

- a. Existe en el orden nacional excepción legal que autoriza a los funcionarios públicos a recibir más de una asignación del tesoro público cuando asistan en calidad de miembros a las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, y de las empresas industriales y comerciales del Estado, con la limitación de percibir por cumplimiento de sus funciones honorarios hasta por la asistencia a dos de ellas.
- b. Los miembros del congreso Nacional, senadores y representantes, son funcionarios públicos por cuanto ejercen una eminente función pública, reciben del Estado una contraprestación en dinero y las correspondientes prestaciones sociales, tanto en dinero como en especie, por estar afiliados a la Caja Nacional de Previsión, y tienen incompatibilidades derivadas de su investidura, por lo cual no es cuestionable el hecho de que son empleados públicos, vinculados al Estado mediante una relación de servicio público, aun cuando el origen de su vinculación con el Estado, dada su función pública de legislar, sea por el voto popular, circunstancia que de ningún modo determina una calificación distinta. Por ello que les es aplicable el artículo 26 de Decreto 3130 de 1968, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967, que les es aplicable en su condición de empleados del orden nacional, norma que contiene el reglamento de las entidades

descentralizadas de orden nacional, y conforme a la cual los empleados o funcionarios públicos no pueden recibir remuneración por más de dos juntas o consejos directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación.

Por lo anterior se concluye que los miembros del Congreso Nacional, pueden como funcionarios públicos, asistir hasta dos juntas o consejos directivos de que formen parte por mandato legal o por delegación, y como los doctores Bernardo Guerra Serna y Humberto Gómez Molina, senador y representante a la Cámara, respectivamente, fueron designados por la asamblea de Antioquia como miembros principal y suplente en su orden, en representación del sector privado o particular, esa elección está conforme con la norma legal citada anteriormente, reglamentaria de casos de excepción a la prohibición constitucional de percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, entendiéndose por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios.

### *Inhabilidad. Concepto de autoridad.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 05/08/2010  
 Radicado: 25000-23-15-000-2010-00493-01 (PI)  
 Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 05/07/2007  
 Radicado: 11001-03-06-000-2007-00046-00 (1831)  
 Ponente: Gustavo Aponte

El demandado fue elegido concejal por el municipio de Tenjo, para los periodos constitucionales 2004-2007 y 2008-2011, cuando su hermana, la señora Nury Estella González Célis, laboraba para la administración municipal de Tenjo como inspectora municipal desde el año de 1992, con vinculación legal y reglamentaria y nombramiento de carrera administrativa y ejerce autoridad como inspectora del municipio de Tenjo. Se alega que el concejal incurrió en violación al régimen de inhabilidades, por violación al artículo 183 de la Constitución Política, al artículo 43 numeral 6 de la Ley 136 de 1994, que dispone que no podrá ser concejal quien tenga vínculos de parentesco

hasta el segundo grado de consanguinidad con funcionarios que ejerzan jurisdicción, autoridad administrativa, política o militar y al artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994.

(...) En sentencia del 4 de junio de 2009, rad. 2007-00376-01, C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa, la misma Sección expresó que la expresión “autoridad”, también consiste en el ejercicio del poder de mando que obliga a los particulares a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aún por medio de delegación y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones. Para comprender el espíritu y finalidad de la causal, es importante traer a colación lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 5 de julio de 2007, rad. 11001-03-06-000-2007-00046-00 (1831), C.P. Dr. Gustavo Aponte Santos, que se refirió al tema de las inhabilidades originadas en razón del ejercicio de autoridad por parte de familiares; a la pregunta, formulada por el Ministerio del Interior y de Justicia, de si **“6.- ¿Puede ser inscrito como candidato o elegido como concejal municipal o distrital, quien se encuentre dentro de los grados de parentesco previstos en la ley, con algún funcionario que dentro de los doce meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en un cargo del nivel nacional o departamental?,** expresó:

“A la luz de la ley 617 de 2000, los presupuestos normativos comunes para que se configuren las causales objetivas previstas en las disposiciones transcritas, son los siguientes:

- a. Que exista un vínculo de matrimonio, unión permanente o parentesco en el grado que señale la ley.
- b. Que el vínculo se predique respecto de funcionarios que hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar.
- c. Que la autoridad civil, política, administrativa o militar del funcionario inhabilitante se haya ejercido durante los doce meses anteriores a la elección.
- d. Que dicha autoridad se haya ejercido en el ámbito territorial previsto por el legislador en cada caso, es decir, “en el departamento” o “en el municipio”.

Como quiera que los problemas jurídicos que se plantean en la consulta, se refieren a dos de estos presupuestos objetivos, en particular, el ejercicio

de autoridad y el ámbito territorial en el que ésta se haya ejercido, la Sala considera importante centrar su análisis en ellos, sin perder de vista **que la finalidad de estas causales, es evitar que el poder que haya ostentado el funcionario familiar de un candidato pueda favorecerlo frente a los electores.** (resalta la Sala)

*Concepto de autoridad civil, política, administrativa o militar.* ¿Qué se debe entender por ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar? La jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, al explicar el concepto de autoridad, en la providencia del 29 de abril de 2005<sup>61</sup>, señaló que ésta se ha entendido como “el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones.”<sup>62</sup> La autoridad puede ser de diversa naturaleza, según se trate de autoridad política, civil, administrativa y militar. La sentencia en cita<sup>63</sup>, recoge los pronunciamientos de esta Corporación, en relación con cada uno de estos tipos de autoridad, así:

“El concepto de autoridad civil ha sido expuesto por esta Corporación en varias oportunidades. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha entendido que, en principio, autoridad civil es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad<sup>64</sup>. Y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha sostenido que la autoridad **civil es un concepto genérico de autoridad dentro del cual queda comprendido el de autoridad administrativa como especie**, según se desprende de los siguientes planteamientos:

*“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce*

61 Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente 3182.

62 Sentencia del 3 de diciembre de 1999. Expediente 2334.

63 Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente 3182.

64 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de noviembre de 1991. Expediente 413.

sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y **puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).** En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los **linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibidem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil**<sup>65</sup>(...)

“A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que “es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal **o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.** La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia”<sup>66</sup>.

“En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para “hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, **nombrando y removiendo sus agentes,**

65 Sentencia del 1° de febrero de 2000. Expediente AC-7974.

66 Sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025.

**celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento**, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa”<sup>67</sup>. (...)

“También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)

“De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 30, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de **mando, facultad decisoria** frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo”.

A partir de las precisiones jurisprudenciales, resulta claro, que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente en razón de las funciones asignadas a cada funcionario en la ley, el reglamento o los manuales, la jerarquía del cargo que ocupa dentro de la estructura de la administración, su grado de autonomía y poder de mando sobre la sociedad. No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla en razón de las funciones asignadas.

La Sección Quinta de esta Corporación, en la sentencia del 14 de julio de 2005, sobre este particular, ha manifestado: “Desde una perspectiva hermenéutica finalística y sistemática como la enunciada es evidente que para que un empleado influya a los potenciales electores con la autoridad de que dispone **no es condición necesaria que ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas (...)** quien tiene autoridad legal

---

67 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 9 de junio de 1998, expediente AC-5779.

**para tomar determinadas decisiones, puede generar expectativas e incluso promesas que tienen la virtualidad de mover la voluntad de los interesados en su poder para poder concretarlas, aunque de hecho no lo haga.** Obviamente, la forma más visible de influencia es la que se produce mediante actos positivos, pero no necesariamente es la más eficaz (...).<sup>68</sup> (resalta la Sala).

De lo anterior concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil que:

“6.- No puede ser inscrito como candidato o elegido como concejal municipal o distrital, quien se encuentre dentro de los grados de parentesco previstos en la ley, con algún funcionario que dentro de los doce meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en un cargo del nivel nacional o departamental”.

### Participación política. Ley de Garantías Electorales



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Quinta  
Fecha: 14/05/2015  
Radicado: 08001-23-33-000-2014-00734-01  
Ponente: Susana Buitrago Valencia



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 03/12/2013  
Radicado: 2191 y 2191 adición  
Ponente: Álvaro Namén Vargas

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
11001-03-15-000-2012-01350-00, 11001-03-25-000-2013-00117-00, 44001-23-33-002-2016-00114-01

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala, en primer lugar, **tratará lo referente a la prohibición que prevé el artículo 127 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.** El artículo 127 de la Constitución Política de manera enfática señala que:

**ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de**

68 Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente 3681.

*otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales*

***Modifíquense los incisos 2° y 3° del artículo 127 así***

*A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.*

Sobre el contenido de la citada disposición constitucional y ante una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), se pronunció en el siguiente sentido:

“(…) el reconocimiento constitucional de la libertad de participación en política como una forma de expresión de la voluntad individual, en función de la colectividad, no se puede limitar por la falta de acción del órgano legislativo no ha expedido la norma correspondiente<sup>69</sup>. Desde los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional se puso de presente la naturaleza de derecho fundamental de la participación en política, al expresar que no podía “ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que estos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos”<sup>70</sup>. En posterior providencia, respecto del desarrollo legal de los límites que ha de tener el empleado del Estado para efectos de ejercer sus derechos de participación política, indicó la Corte Constitucional que la Ley Estatutaria habría de

69 Además este pronunciamiento es anterior a sentencias de la Corte Constitucional sobre este asunto, como por ejemplo la sentencia C-454-1993.

70 Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1992.

definir las condiciones para participar en las actividades y controversias correspondientes, pero que no podría “extender la prohibición más allá de la previsión constitucional”<sup>71</sup>.

Es decir, en tanto que las limitaciones referidas constituyen una restricción a un derecho fundamental, necesariamente han de explicitarse exactamente en la ley estatutaria correspondiente, de conformidad con el mandato constitucional. En ese orden de ideas, antes de la entrada en vigencia de la norma estatutaria debe entenderse que los “empleados del Estado” comprendidos en la prescripción solo verán limitados sus derechos políticos en los términos que la propia Constitución Política lo dispuso.

Acerca de estos límites la Corte Constitucional indicó que:

“(…) existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3º del artículo 127 de ella -que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley- y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (artículos 122, 123 y 209 C.N.). Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; el que dispone del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal que inclina la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento político”.<sup>72</sup>

En este orden de ideas, la Sala estima que de acuerdo con la Constitución el funcionario, so pena de sanción por abuso del derecho<sup>73</sup>, no puede: (i)

---

71 Corte Constitucional, sentencia C-454 de 1993.

72 Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993.

73 Al respecto ver la sentencia de la Corte Constitucional C-454 de 1993 y la sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 11 de mayo de 2004. Radicación número: 25000 23 - 15 - 000 - 2002 - 2147 - 01(IJ)

utilizar la autoridad de la cual está investido para ponerla al servicio de una causa política; (ii) usar los elementos destinados al servicio público para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política electoral; (iii) usar, con los mismos fines, información reservada a la cual tenga acceso por razón de su cargo; (iv) exonerarse del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, con el pretexto de ejercer el derecho de participación en política; (v) disponer del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses. Sin embargo, “la limitación anotada no puede ser motivo para suponer que toda actividad de estos servidores pueda ser sopesada bajo una lupa incriminadora que pretenda hallar en cada uno de sus actos un interés adverso al general, pues ello llevaría al entorpecimiento de actividades que son propias del desempeño de ciertos cargos que tienen como uno de sus cometidos los constantes encuentros con diversos miembros y sectores de la sociedad<sup>74</sup>”.

En conclusión, **los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas**, con sujeción a la Constitución (artículos 127 y 110 de la C.P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (ley 734 de 2002 y la ley 996 de 2005). Ahora bien, aún cuando la Constitución deja a la ley estatutaria el definir las condiciones en que se pueda participar, no la autoriza para extender la prohibición más allá de la previsión constitucional (sentencia C-454 de 1993), por cuanto implicaría una limitante injustificada y desproporcionada del derecho fundamental de participación política. Lo que se restringe a los servidores exceptuados de la prohibición no es la participación en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político

---

74 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A”. Sentencia de 28 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-00655-02(6210-03)

y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos.

Así, la ley estatutaria que expida el Congreso de la República sobre esta materia únicamente podrá regular la “participación en política” de los empleados del Estado en lo relativo a participación en “las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas”, pues a esos dos puntos exclusivamente se remite el tercer inciso del artículo 127 de la Constitución cuando dispone que “Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán **participar en dichas actividades y controversias** en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.” Si la ley estatutaria extendiera las prohibiciones a otros campos de participación legítima en política, estaría violando la Constitución. (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

La Sala comparte plenamente las anteriores conclusiones, pues es evidente que el artículo 127 Constitucional precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido. De manera que los servidores que han quedado comprendidos dentro de ese listado taxativo y **solo ellos** tienen prohibida la participación en actividades políticas.

### Periodos preelectorales. Restricciones y prohibiciones



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 20/08/2015

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00572-01

Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 10/06/2010

Radicado: 2011

Ponente: William Zambrano Cetina

En congruencia con lo antes señalado, la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto con radicación 1720, sobre las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículo 32 y 33 de la ley 996 de 2005 y reiterado en el concepto de fecha 10 de junio de 2010, radicado No 11001-03-06-000-2010-00066-00, Número interno 2.011, dijo:

“En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley— incluido el de Presidente de la República—; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38. El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 *ibídem*, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32”.

## Pérdida de investidura. Causal de conflicto de intereses.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 22/11/2012  
Radicado: 70001-23-31-000-2012-00005-01 (PI)  
Ponente: Guillermo Vargas Ayala



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 28/04/2004  
Radicado: 1572  
Ponente: Flavio Augusto Arce Rodríguez

La Sala comparte completamente las razones y el sentido de la decisión adoptada en primera instancia, pues los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirven de sustento, se ajustan no solo al principio de legalidad sino que concuerdan con el reiterado criterio del Consejo de Estado, en relación con el hecho de que no es dable predicar la existencia de un conflicto de intereses, “[...] *cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general*”, tal cual lo prescribe el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en su numeral 1°. El Consejo de Estado, en las providencias oportunamente citadas por el Ministerio Público en su intervención, ha señalado lo siguiente, en relación con el *thema decidendi* (...) Asimismo la Sala de Servicio y Consulta Civil de esta Corporación, en concepto de 28 de abril de 2004 definió así la noción, finalidad y características del conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura:

«**2. El conflicto de intereses.** Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

**2.1. 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.

**2.2. 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.

**2.3. Fundamento.** De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión -para el caso, la motivación del voto-. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

**2.4. Necesidad de análisis en cada caso particular:** La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley.

**3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas.** Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

**3.1 Interés privado concurrente.** De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

**a) Existencia:** Se configura el interés privado cuando hay “exigencia para la satisfacción de necesidades humanas” Messineo, Tomo II, p. 10, lo cual acontece cuando surgen v.gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

**b) Juridicidad:** Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

**c) Privado:** Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general -regulación abstracta en general-. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

**d) Titularidad:** El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero(a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

**3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente.** Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

- a.- Calidad de congresista.
- b.- Intervención en las deliberaciones y votaciones.
- c.- Proyecto de decisión de interés público.
- d.- Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

**3.3 Conflicto de interés.** De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que

este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurre alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos. [...]»<sup>75</sup>.

Según estos pronunciamientos la causal solo se configura con un interés directo, particular y concreto, en este caso del Concejal, en el asunto objeto de estudio, frente al cual tiene poder de decisión, en razón de sus funciones. De la misma manera, la Sala Plena ha sido enfática en sostener que si el interés se confunde con el que asiste a todas las personas o a la comunidad en general, en igualdad de condiciones, no existe conflicto, pues en tal caso estaría actuando en interés de la colectividad y no en el suyo propio. De la misma manera, la Sala Plena 76 ha sido enfática en sostener que si el interés se confunde con el que asiste a todas las personas o a la comunidad en general, en igualdad de condiciones, no existe conflicto, pues en tal caso estaría actuando en interés de la colectividad y no en el suyo propio.»

De los anteriores pronunciamientos se tiene que el conflicto de intereses se presenta cuando entran en colisión el interés público y el interés privado del congresista, de modo que lo priva de la imparcialidad necesaria para tramitar y decidir un asunto sometido a su conocimiento. Se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tiene interés el congresista, las cuales implican un aprovechamiento personal de la investidura<sup>77</sup>.

---

75 Consejo de Estado, Expediente 1572. Actor Ministro del Interior y de Justicia. Referencia: Congresistas. Conflicto de intereses. Proyecto de Acto Legislativo para restablecer la institución de la reelección presidencial. C.P. Dr. Flavio Augusto Arce Rodríguez.

76 Sentencia de 23 de agosto de 1998. Expediente AC-1675. Actora: Aura Nancy Pedraza Piragauta y Concepto de 27 de mayo de 1999. Expediente 1191. Actor: Ministro del Interior.

77 Sentencia de 27 de agosto de 2002. Expediente: PI-043. Actor: Daniel Alfonso Reyes Fernández.

## Secuestro. Vacancia temporal del funcionario



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Acción de tutela

Fecha: 06/12/2001

Radicado: 25000-23-27-000-2000-1770-01(AC-1884)

Ponente: María Elena Giraldo Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 24/09/1987

Radicado: 156

Ponente: Jaime Betancur Cuartas

En materia de Congresistas tampoco la ley especial alude a dichas situaciones forzadas; pero dentro de las causales que indica la ley 5ª de 1992 como eximente para el desempeño (art. 90) se deduce que el secuestro encuadra dentro de la causal de fuerza mayor, teniendo en cuenta la definición del artículo 1º de la ley 95 de 1890. (...) Por consiguiente, como lo enseña la jurisprudencia constitucional, el **secuestro** es una situación no ocasionada ni querida en el fuero interno del secuestrado es que el empleador en forma excepcional debe continuar pagando a los salarios y prestaciones de quien está en situación tan deplorable (beneficiarios). Ese deber patronal se deriva de la aplicación de los principios constitucionales de justicia social, de equidad y de solidaridad. Además en la jurisprudencia, de la Corte Constitucional, como criterio auxiliar de la justicia (art. 230 C. N) se advierte que ella parte de esos mismos principios. (...) Por su parte el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y de Servicio Civil, y en vigencia de la Constitución de 1886 al responder una consulta formulada por el Director del D. A. S sobre el secuestro de sus agentes se pronunció sobre las consecuencias laborales del desaparecimiento de sus agentes. Los interrogantes y las respuestas fueron:

- ¿Hay lugar al pago de sueldos y demás emolumentos a sus legitimarios en el lapso comprendido desde la fecha de su secuestro hasta el día de su liberación o a la cancelación de los citados conceptos a los funcionarios secuestrados, una vez se reintegren a su trabajo? y
- ¿El tiempo que duren secuestrados interrumpe las prestaciones sociales, tales como vacaciones, primas, cesantías, etc.?

“...No existe norma legal que regule el caso del desaparecimiento de agentes del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - , por causa y con

ocasión del servicio, lo que conduce a la Sala a analizar normas que regulan materias semejantes, con base en el artículo 8° de la Ley 153 de 1987, el cual preceptúa que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. (...) Es por tanto natural y obvio que en desarrollo de esas funciones y ante la situación cada vez más angustiante y delicada de orden público que vive el país, se presenten casos en los cuales sus miembros desaparecen o sean retenidos o hechos prisioneros.

Los Decretos - ley 89 de 1984 y 2062 de 1984 regulan en su orden la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. El Decreto - ley 2063 de 1984 regula igual tema para los agentes de la Policía Nacional. Los artículos 188 a 190 del Decreto - ley 89 de 1984 y 181 a 183 del Decreto - ley 2062 de 1984 al igual que los artículos 135 a 137 del Decreto - ley 2063 de 1984 regulan los casos de desaparición y cautiverio de los mencionados oficiales, suboficiales y agentes y coinciden en la forma de tratamiento a seguir.

Efectuada la investigación respectiva y si de ella no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios del desaparecido, tienen derecho a continuar percibiendo de la pagaduría respectiva la totalidad de los haberes hasta por el término de dos años, vencidos los cuales se declara definitivamente desaparecido y se da de baja y se procede a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales respectivas. En caso de caer prisionero, los beneficiarios continúan recibiendo el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los haberes que le corresponden al oficial, suboficial o agente prisionero; el veinticinco por ciento (25%) restante será pagado a éste, al ser puesto en libertad o durante su prisión si ello fuere posible. Finalmente, si el oficial suboficial o agente apareciere en cualquier tiempo, sin que pueda justificar su ausencia o desaparición, tanto él como sus beneficiarios están obligados a reintegrar al Tesoro Público todos los sueldos y prestaciones sociales que hubiere recibido, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Considera la Sala que estas normas son las aplicables al caso consultado en cuanto a remuneración y prestaciones sociales, ante la ausencia de norma especial que regule lo pertinente para los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -. Se infiere de los decretos que en cuanto a prestaciones sociales no hay interrupción para su reconocimiento y pago. Lo anterior ocurre mientras no haya ley especial que regule la materia para la situación consultada<sup>78</sup>.

### Terna. Composición



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Fecha: 07/12/2016

Radicado: 11001-03-28-000-2013-00011-00

Ponente: Rocío Araújo Oñate



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 25/05/2011

Radicado: 2058

Ponente: Augusto Hernández Becerra

Dentro del proceso de elección del Procurador General de la Nación, se evidencia un procedimiento integrado por dos etapas; la primera, consiste en la postulación de tres candidatos para la conformación de la terna siendo los competente para hacerlo y en dichas cantidades: i) un candidato de la Corte Suprema de Justicia, ii) uno del Presidente de la República y iii) uno del Consejo de Estado; y la segunda, que le corresponde al Senado de la República, consiste en la elección de quien debe ejercer el citado cargo público.

Es así como también, en varias oportunidades, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha reiterado que la **terna** se debe componer siempre de tres (3) candidatos plenamente habilitados para ejercer el cargo al cual se postulan, ya que si uno o dos de ellos presenta alguna inhabilidad, incompatibilidad, impedimento legal para ser nombrado en el cargo o renuncia, la terna se desintegra.<sup>79</sup>

78 Concepto 156 de 24 de septiembre de 1987. Consultante: Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS".

79 Consejo de Estado, Sala de Consulta Y Servicio Civil, Consejero ponente: Augusto Hernández Becerra. Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-06-000-

---

2011-00028-00(2058). Actor: Ministerio Del Interior Y De Justicia. Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero ponente: Enrique Jose Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00113-00(2043). Actor: Departamento Administrativo De La Presidencia De La Republica.



### III. RAMA LEGISLATIVA

#### Congreso de la República. Tramite de reformas constitucionales en sesiones extraordinarias



##### Sentencia

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo  
Fecha: 16/09/2014  
Radicado: 11001-03-24-000-2012-00220-00  
Ponente: María Claudia Rojas Lasso



##### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 22/06/2010  
Radicado: 2018  
Ponente: William Zambrano Cetina

La Constitución de 1991 con relación a las sesiones del Congreso estableció la diferencia entre legislatura y período. El artículo 138 preceptúa: *“El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo período el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio”*.

Los actos legislativos se deben tramitar completamente en dos vueltas durante dos periodos legislativos ordinarios y consecutivos de modo que la discusión y trámite de una reforma constitucional es el más complejo de los procesos de formación de normas que se surten en el Congreso de la República. Esto significa que cualquier acto de reforma a la Constitución Política que se tramite en más de dos periodos constitucionales, o pretermitiendo la exigencia de consecutividad o cuando se realiza en sesiones extraordinarias, carece completamente de validez. Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 22 de junio de 2010, radicación 2018, en el cual señaló:

“Tales sesiones extraordinarias se circunscriben en cuanto a su duración y a las materias que pueden tratarse, a la respectiva convocatoria gubernamental, con la limitación que se deriva del artículo 375 de la Constitución, el cual

establece que las reformas constitucionales deben ser tramitadas en “dos periodos ordinarios y consecutivos”, por lo que, “como lo tiene bien establecido la Corte, dichos actos legislativos no pueden ser tramitados en sesiones extraordinarias”.

### Principio de unidad en materia legislativa



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 16/03/2012

Radicado: 25000-23-24-000-2003-00482-01

Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



#### Concepto citado

Fecha: 15/05/1997

Radicado: CE-SC-RAD2001-N987

Ponente: César Hoyos Salazar

Indica el recurrente que hay “Falta de unidad de materia. Al regular un tema propio de la Ley Especial de Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar”. Al respecto, como bien lo anota el a quo, el Concejo Distrital con la expedición del inciso acusado, no reguló el tema de Monopolio Rentístico de Juegos de Suerte y Azar, sino, simplemente, lo tocante a la ubicación de los establecimientos dedicados a dicha actividad, con el fin de mantener el orden público. Sobre este aspecto, se anota en la sentencia de 28 de abril de 2011, proferida por esta Sección, lo siguiente: *“Frente a este principio, al que se refiere el artículo 158 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que en virtud del mismo las disposiciones que lo integran, deben tener necesariamente una relación causal, teleológica, temática o sistemática con la materia dominante de la misma, para evitar incongruencias normativas”*<sup>80, 81</sup>.

Además, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, citada por el a quo, es muy claro al establecer sobre la unidad de materia, lo siguiente:

80 Ver Sentencias C-1108 de 2001 y C-796 de 2004, M.P. Dr M.P. Dr Rodrigo Escobar Gil; C-138 de 2007, M.P. Dr Álvaro Tafur Reyes.

81 Sentencia de 28 de abril de 2011. Radicación: 2007-01098. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. actor: Álvaro Hernández Vázquez – Procurador 49 Judicial II

*“El principio de unidad de materia legislativa.* En la Constitución Política de 1991 fue establecido el principio de unidad de materia legislativa en el artículo 158 (...) busca fundamentalmente evitar que se introduzcan los llamados “micos” en los proyectos de ley.

(...). La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha referido al principio de unidad de materia legislativa y establecido sus principales características, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Este principio significa que un proyecto de ley no puede versar sobre varias materias porque justamente la norma prohíbe tal eventualidad, al señalar que todo proyecto debe referirse a una misma materia.
- b. Los temas tratados en un proyecto de ley deben guardar estrecha relación con la materia objeto del proyecto, de forma tal que si no tienen conexidad causal, teleológica o sistémica con la materia esencial del proyecto, deben ser retirados del mismo, por razón de inconstitucionalidad al vulnerar el artículo 158 de la Carta.
- c. La circunstancia de que en un proyecto de ley existan normas que no tienen unidad conceptual con la materia del proyecto, significa que se presenta un vicio en el proyecto que no es subsanable por cuanto no se trata de un vicio formal sino que se refiere a un aspecto sustancial del proyecto. La Corte Constitucional en sentencia C-025 del 4 de febrero de 1993 expresó sobre este tema:

“La exigencia constitucional se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final. El principio de unidad de materia que se instaura, contribuye a darle un eje central de los diferentes debates que la iniciativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma, diseñada bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de sus destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos. El Estado social de derecho es portador de una radical pretensión de cumplimiento de las normas dictadas como quiera que sólo en su efectiva actualización se realiza. La seguridad jurídica, entendida sustancialmente, reclama, pues, la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas y métodos de depuración desde

la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la República.

La ausencia de control interno por parte de la respectiva célula legislativa, para evitar que un proyecto vulnere el principio de unidad de materia, no tiene como consecuencia la subsanación del defecto derivado de su incumplimiento, el cual por recaer sobre la materia, tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley.

La interpretación del principio de unidad de materia no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley. Anótase que el término “materia”, para estos efectos, se toma en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente.

Luego en sentencia C-070 del 23 de febrero de 1994, la Corte Constitucional indicó que el principio de unidad de materia legislativa se concreta en que cada norma debe coincidir con la materia general que regula la ley. En posterior ocasión (Sentencia C-523 de noviembre 16/95), la Corte Constitucional expresó que este principio se refiere a la armonía que deben guardar los proyectos de ley en su desarrollo sustancial, es decir, en la materia. Nuevamente sobre el tema, la Corte se pronunció en sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, acerca del artículo 116 de la ley 6ª de 1992, que introdujo una norma sobre pensiones en la reforma tributaria. En esa oportunidad, la Corte manifestó que el principio de unidad de materia legislativa se vulnera cuando un determinado artículo o contenido normativo no tiene ninguna relación objetiva o razonable con la temática general y la materia dominante de la ley de la cual hace parte. Añadió que sin embargo, dicho vicio no se considera dentro de aquellos de carácter formal, ya que tiene que ver con el

contenido material de la norma acusada y además, el vicio deriva de que el Congreso de la República no tiene competencia para verter esos contenidos normativos en una ley específica, y por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley haya sido ajustado a la Carta Política. Por último, señaló que dicho principio propende por la sistematización y la depuración de la legislación, por razones sustanciales de seguridad jurídica. En el caso del proyecto de ley objeto de la consulta, esto es, el proyecto de ley No. 235/96 Senado – 154/96 Cámara “Por la cual se establece el seguro ecológico y se dictan otras disposiciones” se observa que la materia es la protección del medio ambiente, con la adopción de dos medidas: el establecimiento del seguro ecológico y la reforma de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal en cuanto a los delitos contra la ecología”.

Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales anotados, esta Sala no observa que el principio de la unidad de materia legislativa se haya resquebrajado, pues en el caso sub examine, el inciso acusado del Acuerdo 79 expedido por el Concejo Distrital, en ningún momento reglamenta la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el Régimen Propio del Monopolio de Juegos de Suerte y Azar, ya que fundamentalmente dicho Acuerdo se basa en normas constitucionales y en los artículos 7º, 12º, numerales 18 y 23, y 13 del Decreto Ley 1421 de 1993



Facturi Registrata

Serie: 1234567890 Data: 01.12.2011

Factura nr: 1234567890

TOTAL DE PLATA CU T.V.A.	75,53
Amenințarea este precedentă	

\* Incalzirea centralizata este servitiu prestat de catre societatea de incalzire centralizata din zona. In cazul in care incalzirea este prestată de către furnizorul de energie electrică, se aplică tariful de 20,00 lei/kWh.

## IV. CONTRATACIÓN ESTATAL

### Adjudicación. Revocatoria



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 15/05/1992  
Radicado: CE-SEC3-EXP1992-N6307  
Ponente: Julio César Uribe Acosta



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 20/02/1986  
Radicado: 011  
Ponente: Humberto Mora Osejo

El concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de fecha 20 de febrero de 1986, elaborado con ponencia del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo, transcrito pericialmente por el coadyuvante en el alegato de conclusión, resulta indiscutible, pues es evidente que la administración no puede revocar unilateralmente el acto de adjudicación. Sin embargo para que ese planteamiento sirva de sustento jurídico a una solicitud de nulidad de una norma que quebrante esa regla, se requiere que en la demanda se indique precisamente el precepto de superior jerarquía que la consagra. Y es claro que en la demanda de este proceso no se cumple con esa exigencia. En estas condiciones la Sala se aparta del concepto de la Señora Fiscal Segunda de la Corporación y en su lugar llega a la conclusión de que se debe negar la pretensión de nulidad de la parte impugnada del artículo 233 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá.

## Adjudicación. Pluralidad de proponentes para garantizar la legalidad



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 19/07/2010  
Radicado: 11001-03-26-000-2010-00036-00 (38924)  
Ponente: Mauricio Fajardo Gómez (E)



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 5/10/2009  
Radicado: 1966  
Ponente: William Zambrano Cetina

Se pretende la nulidad tanto del acto administrativo que ordena la apertura de la licitación pública 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, como del aparte pertinente del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 para la concesión de la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

El actor solicitó la suspensión provisional de los actos demandados, con fundamento en que infringen lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Explicó que la subasta autorizada como mecanismo de selección para la asignación de espectro radioeléctrico exige pluralidad de oferentes, requisito esencial para la legalidad de dicho mecanismo, con el fin de que los interesados puedan competir en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión. Señaló que el requisito de que exista pluralidad de ofertas obedece a que las frecuencias radioeléctricas constituyen un bien público escaso, cuya adjudicación puede contribuir a fortalecer las rentas públicas de la Nación, razón por la cual *“el legislador autorizó la concesión de tales frecuencias a partir de un sistema de contratación en almoneda, para que mediante una puja competitiva se logre el propósito superior de ‘maximización de recursos para el Estado’, según las voces del artículo 72”*.

(...) El demandante hizo referencia a los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a propósito de la consulta elevada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones, acerca de la pluralidad de oferentes en la adjudicación del tercer canal de televisión y solicitó tenerlos en cuenta a efectos de decidir acerca de la medida cautelar solicitada. Dichos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se relacionan a continuación.

En el Concepto 1966 del 5 de octubre de 2009, la Sala absolvió las inquietudes planteadas por dicho Ministerio en los siguientes términos:

“1. ¿La concurrencia de concesiones a la que se refiere el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, representa inhabilidades que se predicen del proponente y deben verificarse al momento de presentar su propuesta, o son de quien vaya a ser concesionario y, por lo tanto, deberán verificarse al momento de la suscripción del respectivo contrato de concesión? O dicho de otra manera, ¿les está prohibido presentar propuesta en la licitación de un canal nacional de operación privada a quiénes hoy tienen la calidad de concesionarios o son socios de canales locales?

**Respuesta:** Las prohibiciones contenidas en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, no son causales de inhabilidad para contratar sino que comportan la imposibilidad de ser simultáneamente titular de más de una concesión de televisión. Por tanto, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión, o de canales locales, o socios de éstos, podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

2. De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley 182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?

**Respuesta.** La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudir a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

3. ¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?

**Respuesta.** De conformidad con el marco legal vigente, el precio no puede ser el único factor de selección de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, pues en todo caso se deberán tener en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en la Ley 182 de 1995”<sup>82</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil analizó las disposiciones constitucionales y legales que rigen los procesos de adjudicación del espacio electromagnético y concluyó que se debe garantizar la participación de un número plural de oferentes, al tiempo que puntualizó que dichos procedimientos administrativos se deben adelantar a través de la licitación pública mediante cualquier mecanismo de selección, entre ellos la subasta, máxime cuando el ofrecimiento de la concesión de un nuevo canal de televisión no corresponde a un procedimiento de selección contractual común sino eventual, sujeto a la discrecionalidad del Estado y en cualquier caso con primacía del interés general por la naturaleza del bien que se ofrece.

En esa oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció igualmente acerca del carácter facultativo u obligatorio de la subasta, con la aclaración de que en ese momento no resultaba aplicable la Ley 1341 de 2009 y, con base en ello, sugirió la revisión del pliego de condiciones para adecuarlos a tales disposiciones legales. Indicó que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético requiere de una concesión estatal a través de la licitación pública, la cual se podrá adjudicar a través de cualquiera de los

---

82 Concepto 1966 del 5 de octubre de 2009. Expediente: 2009-0049. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina.

mecanismos previstos, entre ellos la subasta; en relación con la aplicación y efectos previstos en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el cual consagra la subasta, señaló:

“I. SOBRE EL CARACTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LA SUBASTA. (...). Como se observa en su título, el artículo está dirigido a establecer reglas para los procesos de asignación del espacio electromagnético cuando existe pluralidad de oferentes. Su observancia es obligatoria, pues la ley utiliza la expresión “deberán”. (...). Para ello, el artículo obliga en primer lugar a que previamente al inicio del proceso contractual se determine si existe o no un número plural de interesados, lo cual, en caso de la televisión, se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO (art.182-a<sup>83</sup>).

(...). En el mismo sentido, conforme a la doctrina económica, la subasta no se identifica necesariamente con un sistema de pujas sucesivas, que es sólo uno de los varios modelos de adjudicación o de compra de un bien por “subasta”; lo que caracteriza dicho mecanismo, como indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del precio ofrecido, ya sea en uno solo o en varios ofrecimientos.<sup>84</sup>

---

83 Art. 182 (...) “a) Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta.

En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. La calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio; (...).” Concordante con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, que establece que en tratándose de cualquier tipo de concesiones no se requiere el Registro Único de Proponentes y que en tal caso cada entidad cumplirá con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

84 Así, la doctrina distingue cuatro tipos básicos de subasta: **Subasta con sobre cerrado a primer precio:** el comprador sólo puede realizar una oferta, sin conocer cuál es el precio que ofrecen los demás; es decir, que “cada uno de los postores sabe cuánto valora el bien, pero ignora la valoración de los otros” (Singer, Marcos, 2002). La adjudicación se hace a la oferta más alta. En este esquema, pujar alto para estar por encima de las otras propuestas (que se desconocen) supone aumentar la probabilidad de ganar, pero se asume pagar un precio alto por el bien ofrecido. Según Riascos Villegas “en esta subasta los agentes observan su valoración (información) y hacen una oferta. Gana el que ofrece más alto y paga por lo ofertado.” (Introducción a la Teoría de las Subastas, 2008, Universidad de los Andes)

Ahora bien, al llegar a este punto de los mecanismos de adjudicación (parte final del inciso 3º), la ley otorga un amplio margen de apreciación al utilizar la expresión “entre ellos”, la cual le otorga carácter ejemplificativo, no imperativo, a la palabra “subasta”, pudiendo entonces analizarse por la entidad concedente su procedencia o el uso de otras alternativas que permitan el logro del mismo fin (maximizar los recursos para el Estado en la asignación del espacio electromagnético), sin que necesariamente se ordene abandonar los demás criterios de selección previstos en normas especiales; de lo contrario, la ley habría dicho directamente que la adjudicación “se hará por subasta” y toda la expresión que le antecede “se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos”, carecería de todo efecto útil dentro de la norma.

(...). Por tanto, para la Sala es claro que el artículo en cuestión no impone la obligación de adjudicar por subasta el servicio de televisión (da esa alternativa si se considera viable) y mucho menos deroga los criterios de adjudicación que se establecen en la Ley 182 de 1995 para la concesión de canales nacionales de operación privada.

De hecho podría afirmarse que esa posibilidad (no obligación) de acudir a la subasta en el caso de la televisión ya era consecuencia de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 que permite (no exige) el uso de la subasta en los procesos de licitación pública, según lo

- 
- **Subasta Vickrey o de Segundo Precio:** opera igual que la anterior (una sola oferta a sobre cerrado), pero el precio a pagar por el ganador corresponde al de la segunda mejor oferta.
  - **Subasta Inglesa (ascendente):** los compradores emiten ofertas de manera ascendente, empezando por precios bajos y mejorando sus ofertas, hasta que ningún comprador puede superar el precio del último ofertante, a quien por tanto se le asigna el respectivo bien;
  - **Subasta Holandesa (descendente):** el vendedor o subastador empieza anunciando un precio, normalmente alto, y lo va disminuyendo hasta que alguno de los interesados toma la oferta.

Cada una de estas subastas es a su vez susceptible de muchas variantes. (Al respecto pueden verse, entre otros, Usategui, José María; Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información, Universidad del País Vasco, 2003, p.23-26; Singer Marcos, Una introducción a la teoría y práctica de las subastas, Revista Abante, Volumen 5, 2002; Mavila Daniel, Las Subastas, Instituto de Investigación, Facultad de Ingeniería Industrial UNMSM, 2003; Millán Placi Maria Florencia, Aplicación de la Teoría de las Subastas, [www.aiep.org.ar/espa/anales/PDF\\_02/millan.pdf](http://www.aiep.org.ar/espa/anales/PDF_02/millan.pdf); Aparicio Roqueiro Carlos, La Regulación de las OPA, regulación europea y ofertas sobre empresas; Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografía No.20, Madrid, 2007; Durá Juez Pedro, teoría de las Subastas y Reputación del Vendedor, Comisión Nacional del Mercado de Valores Monografía 3, Madrid, 2003)

considere más adecuado para los fines de la contratación la entidad pública contratante. Ello porque, el artículo 32 de esa Ley 1150 derogó expresamente las disposiciones de la Ley 182 de 1995 “que sean incompatibles con ella” y podría afirmarse entonces que la prohibición de subasta contenida en esta última caía en ese supuesto de contradicción normativa.

(...). Visto lo anterior, la confrontación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 con lo que dispone la Ley 182 de 1995 respecto al procedimiento y criterios que deben usarse para adjudicar el servicio de televisión, lleva a la Sala a las siguientes conclusiones:

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no eliminó la licitación pública como regla general de selección de los adjudicatarios de canales nacionales de televisión privada. Todas las modalidades de contratación (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) son mecanismos de “selección objetiva”, es decir, obligan a que la escogencia del contratista esté separada de cualquier elemento subjetivo, de afecto o preferencia<sup>85</sup>. Por tanto, el uso de esa expresión en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, aún si se entendiera que se refiere a las modalidades de contratación y no a los mecanismos de adjudicación como se señaló, vendría a ratificar antes que a derogar la exigencia de licitación pública en materia de asignación de frecuencias para la televisión, tal como lo establece originalmente la Ley 182 de 1995.

(...). En consecuencia, el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley<sup>86</sup>,

85 *ARTICULO 5o. DE LA SELECCION OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

86 Sobre las competencias de la Comisión Nacional de Televisión en materia contractual, en concreto para adjudicar los contratos de concesión y reglamentar las respectivas licitaciones puede verse la Sentencia del 14 de agosto de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la que se rechazó la nulidad de la reglamentación expedida por esa Comisión para el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad de servicio de Televisión por Suscripción”. El Consejo de Estado recuerda que el artículo 33 de la Ley 80 de 1993 establece que “los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia” y que a su vez el artículo 5 de la Ley 182 de 1995 dispone que a la CNTV le corresponderá reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio,

una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios, así como “la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones” y “el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio”. (art, 48 de la Ley 182 de 1995, literales b, l y n) (...). En este esquema, la Sala considera que en caso de empate, donde ya se daría por sentado que ambas propuestas serían técnicamente elegibles y se encontrarían en las mismas condiciones en cuanto a las calidades de los aspirantes y de la programación ofrecida, sería posible analizar la conveniencia y viabilidad de usar mecanismos para maximizar el precio que se recibiría por la concesión, entre ellos, precisamente, la subasta. Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala<sup>87</sup>.

Posteriormente, el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicitó la ampliación del anterior Concepto, con el fin de que se aclarara el tema acerca de la necesidad de contar con un número plural de proponentes

---

así como “los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio”. En Sentencia C-949 de 2001 la Corte Constitucional declaró exequible el aparte subrayado anteriormente: “por lo que respecta al párrafo del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, la acusación será desestimada, pues tal como se determinó en acápite precedente, la competencia del Congreso de la República para dictar un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, conforme a lo preceptuado en el inciso final del canon 150 Superior, no comporta la obligación para el legislador de adoptar un estatuto único mediante la modalidad legislativa de las Leyes Estatutarias o de las Leyes Marco reguladas en los artículos 150-19 y 152 del Ordenamiento Fundamental, sino la de expedir una ley ordinaria contentiva de principios y reglas destinadas a orientar la actividad contractual del Estado (...) De igual forma, podía el legislador por medio del párrafo impugnado preservar la especialidad de las normas que regulan la contratación de los servicios de televisión. Las anteriores consideraciones son suficientes para declarar la constitucionalidad del párrafo demandado en relación con los cargos imputados por el actor.” Igualmente, puede verse Sentencia C-351 de 2004.

87 Concepto 1966 del 5 de octubre de 2009. Expediente: 2009-0049. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina

para garantizar la legalidad de la adjudicación; la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 25 de febrero de 2010 en los siguientes términos:

“1. ¿La pluralidad a la que se refiere el concepto, se predica respecto del número de inscritos en el RUO, respecto del número de proponentes, entendiendo por éstos, aquellos que presentan propuesta al término del plazo de la licitación (al cierre de la misma), o respecto del número de proponentes hábiles.

**Respuesta.** En el caso particular consultado, la pluralidad se predica tanto del número de inscritos en el RUO, como de las ofertas presentadas al término del cierre de la licitación.

2. ¿Debe entenderse que, por haber optado la Comisión Nacional de Televisión por la subasta como mecanismo de adjudicación, debe entonces “asegurar la pluralidad de oferentes en el proceso para mantener el mercado del mismo” como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación, so pena de no poder adjudicar la concesión siempre que dos de los tres posibles oferentes decidan no presentar propuestas?

**Respuesta.** Sí, en el contexto del mecanismo de adjudicación adoptado por Comisión Nacional de Televisión para la selección del tercer canal de televisión, debe asegurarse la pluralidad de oferentes en el respectivo proceso contractual en los términos de la respuesta anterior, con el fin de que la mejor propuesta surja de la competencia entre los participantes de la licitación.

3. ¿De acuerdo con la respuesta dada a las anteriores preguntas, y habiéndose revocado el acto de apertura de la licitación, sería posible abrir nuevamente la licitación si los dos inscritos en el RUO que manifestaron su intención de no presentar propuesta, a pesar de la vigencia de dicho registro, no profieren una manifestación formal en contrario?

**Respuesta.** En la medida que la actual inscripción en el RUO se encuentre dentro del periodo de vigencia, no se haya anulado o suspendido y sus titulares no hubieren solicitado su retiro o cancelación, no existiría ningún impedimento para acudir a ese registro, en los términos de la Ley 182 de 1995.

4. ¿Habría lugar a la aplicación de la previsión normativa prevista del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, en el evento en que sólo se presente una propuesta en el proceso de licitación que se establece en el Pliego de

Condiciones publicado el día 29 de octubre de 2009 y en las Adendas expedidas, en particular las Adendas 2 y 3?

**Respuesta.** No, en el caso consultado no se darían los requisitos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para hacer una adjudicación con proponente único<sup>88</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil reiteró la obligación de adjudicar los canales nacionales de televisión abierta a través de licitación pública. Con fundamento en el anterior postulado señaló que en el evento de adelantarse la licitación pública con un único oferente habilitado para la concesión del tercer canal bajo la modalidad de la subasta, se perderían los espacios de negociación que precisamente se busca lograr y la Administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante quien, al no tener oponentes, podría ajustar su propuesta a los mínimos requerimientos de la entidad en el pliego de condiciones. Explicó que si bien el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 faculta a las entidades para adjudicar el contrato a un único oferente, lo cierto es que dicha disposición legal alude a la subasta inversa –en el caso de la concesión del tercer canal la subasta es ascendente- y esa posibilidad es la última opción y la residual a la cual debe acudir la Administración, la cual sólo resulta viable luego de agotados todos los recursos para garantizar la participación de varios proponentes. En todo caso, concluyó que para efecto de la adjudicación del tercer canal, las disposiciones legales aplicables son las especiales:

“Como ya se mencionó y se explicó suficientemente en el concepto cuya ampliación se solicita, el proceso de selección y adjudicación de los canales de televisión nacional abierta debe responder en cualquier caso, tanto a los criterios de escogencia señalados en la Ley 182 de 1995 (literales b, l y n del artículo 48 referentes a la calidad de las propuestas y de los contenidos ofrecidos), como a los fines de maximización de los recursos del Estado establecidos de manera general para todas las concesiones de explotación del espacio electromagnético, según lo dispuso el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. De otro lado, debe recordarse que el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 establece que sólo podrán participar en la respectiva licitación de

---

88 Concepto No. 1966A emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2010. Expediente: 2009-0049. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina.

canales nacionales de televisión abiertas, las personas que se hayan inscrito previamente en el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión de la Comisión Nacional de Televisión:

(...). Por tanto, dicho registro le permite conocer de antemano a la Comisión Nacional de Televisión, si existe o no pluralidad de interesados en participar en la adjudicación de los canales nacionales de operación privada, lo cual se complementa con la obligación que en ese sentido está prevista en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que señala:

(...). Precisamente, en el caso consultado, el proceso contractual, tanto en su concepción inicial, como con la adopción posterior del mecanismo de subasta para el desempate entre oferentes, está cimentado en la fijación por parte de la CNTV de un precio base para participar<sup>89</sup>, a la espera siempre de que los interesados compitan sobre ese valor con ofertas que lo superen en una o varias posturas, de manera que la adjudicación se logre, **en cualquier caso**, por un precio mayor al estimado inicialmente en el pliego de condiciones, lo que, como pasa a verse, requiere pluralidad de oferentes.

(...). Pero, si sólo existe un oferente y éste de antemano sabe que no habrá competencia (porque es el único inscrito en el RUO o porque los demás interesados se retiran del proceso contractual antes de vencerse el plazo para presentar ofertas), es claro que aquél no tendría ningún interés en hacer un ofrecimiento por encima del precio base o a lo sumo por ese valor más uno ( $x+1$ ), lo cual le bastaría para cumplir, formalmente, con la exigencia del pliego de condiciones de presentar una Oferta Económica para Competir y Ser Elegido que sea superior al precio inicial propuesto por la CNTV; no obstante, es claro que en ese escenario se desvanecerían los propósitos del respectivo proceso contractual y se estaría renunciando por anticipado a una oferta real y efectiva por encima del precio base que se ha fijado.

---

89 Adenda No. 2 del proceso contractual que terminó anticipadamente, se define: **“Precio de la Concesión:** Precio Fijado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión en la resolución de Adjudicación de la Licitación, correspondiente al Precio Base de la Concesión, más la suma de dinero ofrecida por el Adjudicatario en su Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno o Número Dos, según sea el caso.”

(...) Advierte la Sala que en este caso no se está frente a un bien cualquiera del Estado, sino ante un recurso escaso cuya adjudicación debe satisfacer las diferentes exigencias legales antes mencionadas. Diferente podría ser el caso de venta de bienes que tienen un precio comercial estándar y cuyas expectativas de mejora por parte del Estado son bajas e inciertas (un vehículo, bienes improductivos, cartera de difícil recaudo, etc.); en estos casos, la presentación de una oferta única hecha en un proceso de convocatoria pública y luego de agotadas todas las opciones para lograr pluralidad, podría considerarse como la “mejor propuesta” para la Administración, aún si no se obtienen mejoras significativas en el precio.

Además, en la medida en que el proceso contractual del tercer canal también está estructurado para que los aspectos técnicos y de programación (no sólo los económicos) se mejoren por los proponentes a partir de la expectativa de competencia entre ellos<sup>90</sup>, el hecho de hacer una licitación con un oferente único al que le bastaría conformarse con los requerimientos mínimos del pliego, afectaría también la calidad de la propuesta que se espera, que, como señaló la Sala, debe ser igualmente tenida en cuenta por la CNTV por mandato de la Ley 182 de 1995. Por tanto, la Sala considera que en las condiciones expuestas no se darían los supuestos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para adjudicar una licitación con oferente único, en tanto que los fines que se persiguen no se lograrían con la participación de una sola persona, sino con la de varios interesados que compitan de manera real y efectiva en el mejoramiento de las condiciones técnicas y económicas del pliego de condiciones.

En conclusión, la Sala considera que con independencia del mecanismo de adjudicación que se adopte por la CNTV, las normas y fines que regulan la adjudicación de los canales nacionales de televisión abierta (Ley 182 de 1995 y Ley 1341 de 2009) determinan necesariamente que, además de la pluralidad de inscritos en el RUO, se presenten por lo menos dos propuestas

---

90 Además de la propuesta económica, cada participante deberá presentar una “**Oferta de Mejoramiento del Plan Básico de Programación.**” Este ítem se calificaría de acuerdo con el número de horas de programas culturales, educativos, infantiles, etc. que se ofrezcan por encima de unos estándares básicos fijados por la CNTV.

al cierre de la licitación, de manera que la competencia entre los respectivos proponentes se refleje forzosamente en sus ofertas y, por ende, en la calidad y precio de sus ofrecimientos”<sup>91</sup>.

(...) De la comparación entre el aparte del pliego de condiciones acusado y la norma superior que se indica transgredida, la Sala advierte que mediante el demandado pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión contempla y/o autoriza la adjudicación de la concesión a través del mecanismo de subasta aún cuando sólo hubiere un único proponente habilitado, circunstancia que contraría abiertamente lo dispuesto por la Ley. En efecto, los contratos para la concesión de canales de televisión privados y para la prestación de los servicios de televisión por cable se celebran previo procedimiento de licitación pública y están gobernados por el régimen especial contenido en las Leyes 182 de 1995 (derogada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007) y 1341 de 2009, tal como se señaló en el Pliego de Condiciones y en el Acto de Apertura de la Licitación Pública 002 de 2010.

Cabe precisar que la subasta no es un mecanismo de adjudicación obligatorio para estos casos, pues como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil y como se advierte del contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la Administración está obligada a aplicar un procedimiento de selección objetiva, dentro de los cuales puede elegir la subasta, sin que su elección resulte imperativa para la adjudicación de la concesión del tercer canal. No obstante lo anterior, si la entidad pública opta por la aplicación de la subasta como mecanismo de selección, por su propia voluntad, resulta claro que tendrá que sujetarse a las disposiciones especiales que la regulan para estos casos, figura que por su propia naturaleza exige la pluralidad de oferentes.

---

91 Concepto No. 1966A emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2010. Expediente: 2009-0049. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina.

## Agentes estatales. Responsabilidad y clases de culpa



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 06/03/2008  
Radicado: 25000-23-26-000-2000-00919-01 (26227)  
Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 29/07/1996  
Radicado: 846  
Ponente: Roberto Suárez Franco

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-26-000-2000-02178-01 (30696)

Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de '*culpa grave*' y '*dolo*', la jurisprudencia acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 se distingue entre la *culpa grave*, la *culpa leve* y la *culpa levísima*, para efectos de señalar que *culpa* o *negligencia grave* es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo, el cual, a su vez, se concibe como "*la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro*".

Sin embargo, la responsabilidad personal, de carácter patrimonial, del agente frente al Estado, encuentra hoy fundamento en normas de Derecho Público, en tanto la misma Carta Política establece, en el marco del Estado Social de Derecho y en desarrollo del principio de legalidad, que los servidores públicos, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad<sup>92</sup>, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 superior, el agente estatal compromete dicha responsabilidad cuando su conducta dolosa o gravemente culposa ha sido la causa de condena patrimonial contra el Estado. En términos generales, la doctrina autorizada ha sostenido que el dolo hace referencia a "*la intención dirigida por el agente del Estado*

92 C. P. Art. 123 inciso 2°.

a realizar la actividad generadora del daño”, mientras que la culpa grave tiene que ver con *“aquella conducta descuidada del agente estatal, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal”*.<sup>93</sup>

Para efectos de delinear un concepto legal independiente, propio del Derecho Público y aplicable para el caso de las acciones de repetición que se deban promover contra los servidores o exservidores públicos, la Ley 678, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, adoptó una definición legal diferente a la tradicionalmente utilizada, tal como lo recoge el artículo 6<sup>94</sup> de dicha Ley, en cuya virtud: *“La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”*. Esa misma Ley 678 de 2001, en su artículo 5°, definió el concepto de dolo para los efectos propios de la acción de repetición que se promueva contra agentes o ex-agentes del Estado, con el siguiente alcance: *“La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”*.

Como puede advertirse, las normas legales transcritas tienen un contenido y unos elementos que resultan diferentes de las nociones recogidas en el mencionado artículo 63 del Código Civil, amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como sí ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente diferentes resultan, entre sí, las situaciones de hecho que la citada ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el *‘dolo’* y en otros, completamente diferentes, la *‘culpa grave’*.

93 Palacios Hincapié, Juan Angel. *Derecho Procesal Administrativo*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá, 2002, p. 268. Por su parte Sayagués se refiere genéricamente al “incumplimiento de los deberes del cargo” (*Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 8ª edición, Montevideo, 1987, p. 633).

94 El inciso primero del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, contentivo de la noción de culpa grave en relación con la conducta de los agentes del Estado, fue declarado exequible, pero con efectos de cosa juzgada relativa, es decir sólo por los cargos que en cada caso han formulado los correspondientes demandantes, a través de las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: C-374-02; C-285-02; C-455-02.

## Anticipo y pago anticipado. Diferencias



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 10/03/2016

Radicado: 25000-23-24-000-2005-00029-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 04/10/2006

Radicado: 1773

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

En un concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación M.P. Enrique José Arboleda Perdomo de fecha 4 de octubre de 2006 bajo el radicado número 11001-03-06-000-2006-00090-00(1773), decantó lo siguiente:

“En la jurisprudencia y la doctrina es claro que como el pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones, cuando la entidad estatal contratante pacta entregar al contratista recursos a título de pago anticipado, ingresan al patrimonio de éste, pudiendo en consecuencia disponer de ellos como propietario, sin restricciones. Por el contrario, cuando los recursos afectos al contrato se entregan al contratista a título de anticipo, se entiende que se trata de un mecanismo de financiación, de modo que siguen siendo dineros públicos que requieren de garantías y reglas para su manejo e inversión. (...) Estima la Sala que por tratarse de recursos públicos, la expresión “tesoro” ha de entenderse como “tesoro público”, que en concordancia con las normas orgánicas del presupuesto, significa también que los rendimientos producidos por los anticipos son recursos de capital tanto en el presupuesto general de la Nación como en el presupuesto de los establecimientos públicos, pues son producidos por recursos que se entregan para su administración y no a título de pago.”

## Anticipo en convenios interadministrativos.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 10/09/2016  
 Radicado: 25000-23-24-000-2005-01533-01



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 30/04/2008  
 Radicado: 1881  
 Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Para despejar el tema respecto de la persona o entidad a la que le pertenecen los dineros por concepto de anticipos en este tipo de contratos, resultan más que ilustrativos los siguientes apartes del concepto rendido por la sala de Consulta y servicio civil de esta Corporación M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, con radicación No. 1881, Número único 11001-03-06-000-2008-003-00, de fecha abril 30 de 2008, en el cual se dijo lo siguiente:

- i. Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste.
- ii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “precio anticipado”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “anticipo”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato.
- iii. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, verbi gratia para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del

capital. En este caso, el precio del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte.”

### Autonomía contractual de la administración. Límites.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 06/03/2008  
Radicado: 25000-23-26-000-2000-00919-01 (26227)  
Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 20/02/1975  
Radicado: 953  
Ponente: Luis Carlos Sáchica

Fecha: 06/04/2000  
Radicado: 1263  
Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Otras sentencias que citan los mismos conceptos  
11001-03-24-000-2000-06198-01(18509) - 11001-03-26-000-2010-00015-01(19526) - 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B

Huelga decir que como en el derecho común, la autonomía de la voluntad, en el contrato estatal también está limitada por el derecho positivo, sólo que en este caso el legislador está movido por un móvil particular: el reconocimiento de la función administrativa contractual. De modo que este principio no es absoluto y así lo ha reconocido de vieja data la Sala, sobre la base de que ésta no puede contravenir normas con fuerza de ley<sup>95</sup>, de donde la capacidad de autodeterminación de los sujetos contratantes en principio sólo puede ser limitada por la ley. (...)

En definitiva, no es que la **autonomía contractual** sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero **únicamente por el legislador**, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993.

95 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Auto de agosto 23 de 1991, Ref.: Expediente No. 6582, Actor: Consorcio Escandón Manby y Cía. Arquitectos - Alberto Antonio Zúñiga Caballero, C. P. Daniel Suárez Hernández.

Con esta perspectiva, y en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado que:

“El concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las parte [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las parte [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediabilmente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.”<sup>96</sup> (destaca la Sala).”

Es así entonces que la ley le otorga a la Administración, en desarrollo de la autonomía contractual, amplias facultades para celebrar y pactar con cierta libertad –sin que constituya un poder ilimitado– las cláusulas que correspondan según el tipo negocial elegido, conforme a las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario. De manera que sólo el legislador tiene la potestad y la competencia de limitar la capacidad de autodeterminación de los sujetos en una relación negocial, restricción que se justifica en tanto que, con el contrato estatal, se reitera, se persigue el interés general y la protección del patrimonio público.

---

96 Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de abril 6 de 2000, Radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C.P. Susana Montes de Echeverri.

En el presente caso, no sobra mencionarlo nuevamente, al analizar el objeto del negocio jurídico contenido en la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, no se encuentra que sea contrario a derecho, por la sencilla, pero potísima razón de que no existe en el ordenamiento o, por lo menos no emerge de manera palmaria y evidente, disposición con fuerza de ley alguna que, al momento en que se suscribió la aludida orden, prohibiera la celebración del acuerdo, motivo por el cual se concluye que no hay lugar a declarar la nulidad absoluta de dicho negocio por ausencia de los presupuestos que de manera enfática, unánime y reiterada ha expuesto esta Sección, los cuales por su puesto, se encuentran regulados por la ley.

### *Caducidad del contrato estatal*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Aclaración de voto de Julio César Uribe Acosta  
Fecha: 28/11/1984  
Radicado: CE-SEC3-EXP1984-N3127  
Ponente: Jorge Valencia Arango



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 10/06/1988  
Radicado: 1088  
Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

En los contratos administrativos la propia Administración impone al contratista las sanciones sin que tenga que acudir a los tribunales de justicia y en la generalidad de los casos ella misma hace efectiva la sanción tomándola de las garantías o de los remanentes que tenga o le puedan quedar en caso de liquidación del contrato. (Contratos Administrativos. 2a. Edición. 1983, Págs. 29 y 30). Por razones de orden, en el caso en comento, y al vencerse el plazo, ha debido el Instituto de Crédito Territorial decretar la caducidad del contrato pues en ese momento tuvo la certeza de que estaba pendiente de ejecución un poco más del treinta por ciento de la obra. En este aspecto comparto el enfoque jurídico que la Sala de Consulta hizo el ocho de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976). Radicación Número 1088, cuando al absolver una consulta del señor Ministros de Minas y Energía, dijo:

“La caducidad, ha dicho el Consejo de Estado, es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un

contrato cuando a juicio de los mismos contratantes ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de la sanción.

De la anterior definición se desprende claramente la contestación a la cuestión formulada en el numeral siete de la consulta. Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declarada en los casos de incumplimiento del contratista. Vale la pena añadir en este punto que una de las causales de caducidad, como es el incumplimiento del contratista respecto al término de que disponía para la realización de la obra, no puede establecerse sino en el momento mismo en que ese término expiró. Por consiguiente, si bien el contrato no ha terminado por el hecho mismo del incumplimiento del contratista en cuanto al término, la entidad pública lo da por terminado en ejercicio de la facultad que le confiere la cláusula sobre caducidad. Todo lo anterior, en el supuesto de que la consulta se refiere a la expiración del plazo de que el contratista disponía para la ejecución de la obra y no a la terminación del contrato pues en este caso la respuesta seguramente sería distinta”.

## Caducidad del contrato. Cláusula compromisoria



### Sentencia

Sentencia:

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 08/06/2000

Radicado: CE-SEC3-EXP2000-N16973

Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez



### Concepto citado

Concepto citado:

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/07/1972

Radicado: 656

Ponente: Luis Carlos Sáchica

Ya la propia Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de octubre de 1957 había precisado que en los contratos celebrados por las entidades públicas, la cláusula compromisoria en virtud de la cual las controversias derivadas de un contrato se someten al conocimiento de árbitros, era incompatible con la cláusula de caducidad que le permite al Estado declarar por sí y ante sí la terminación del contrato. Allí se dijo: “Lo importante para la Sala es dejar establecido su criterio con las consecuencias que adelante se verán, de que en un contrato de la naturaleza del que se estudia, si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (Artículo 254 C.C.A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público o superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal”<sup>97</sup>

97 *Anales del Consejo de Estado*, Segundo semestre de 1972, Nos. 435, 436, T. 83. P. 7 y ss.

Similares planteamientos se formularon por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de septiembre de 1968 y en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 12 de julio de 1972.<sup>98</sup>

Estos antecedentes jurisprudenciales condujeron a que el legislador extraordinario en el decreto ley 1670 de 1975 (art. 66) y en el decreto ley 150 de 1976 (art. 66) que subrogó el anterior, por medio del cual se expidieron las normas para la celebración de contratos por parte de la nación y de sus entidades descentralizadas, se estableciera: “De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someterse a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral.”

### *Caducidad del contrato. Límites temporales a la facultad de la administración de declararla.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 25/04/2012

Radicado: 25000-23-26-000-1995-05797-01 (22470)

Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 10/06/1988

Radicado: 1088

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

La competencia temporal *-ratio temporis-* para el ejercicio de las potestades sancionadoras por la administración ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, el cual, luego de un tránsito jurisprudencial, retomó la doctrina expuesta al respecto, determinando que la competencia estudiada no fenece con el vencimiento del plazo, sino que, con posterioridad a ese momento, y luego de evaluar el cumplimiento del objeto contractual, puede ejercitarse para impedir que la afectación al interés público sea más gravosa. Fue así como la Sección Tercera, en la sentencia

98 *Ibidem*, p. 8 y 9.

de septiembre 13 de 1.999, retomó dicha posición, reiterada en los autos de junio 29 de 2000, exp. 16.756 y de febrero 19 de 2004, exp. 26.054, así como en la sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936; entre otras providencias. En esa oportunidad se expresó:

“Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista. Este pensamiento no es nuevo para la Corporación. Ya la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>99</sup> en relación con los límites temporales para el ejercicio por la administración de la prerrogativa de declarar la caducidad de un contrato consideró lo siguiente:

‘(...) Si la caducidad es facultad que tiene la entidad pública para dar por terminado un contrato por el incumplimiento del contratista, es obvio que si transcurre el término establecido para la ejecución de la obra sin que ella se hubiere terminado, puede la entidad pública decretar inmediatamente la caducidad, ya que el no terminar la obra dentro del plazo previsto, bien puede considerarse como el incumplimiento por excelencia por parte del contratista. La caducidad tiene por sí misma sus consecuencias muy importantes, a las cuales no puede renunciar la entidad que en los contratos administrativos goza de ese privilegio. Lo contrario, la no declaración de caducidad, podría llevar a un litigio prolongado y de consecuencias imprevisibles para la administración. Es una obligación declararla en los casos de incumplimiento del contratista. (...)’

“Sostener lo contrario podría tener algún fundamento si las potestades sancionatorias y de decisión unilateral de la administración derivaran de las cláusulas del contrato (*ex contractus*) y no de la ley (*ex lege*), como han sido concebidas en los estatutos contractuales en los que se les

---

99 Concepto del 8 de noviembre de 1976. Radicación No. 1088.

ha dado el alcance de potestades *ope legis*, esto es, derivadas del sólo ministerio de la ley y por consiguiente irrenunciables, frente a las cuales no se ha señalado un plazo perentorio para su ejercicio. Particularmente, en relación con la caducidad la ley ha señalado que se trata de una cláusula (sic) presunta (art. 65 decreto ley 222 de 1983) o lo que es lo mismo, que se entiende pactada (sic) aún cuando no se consigne expresamente (art. 14 ley 80 de 1993). En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.”<sup>100</sup>

### Cláusula penal en contratos estatales



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 16/07/2015

Radicado: 25000-23-26-000-1999-00405-01 (32301)

Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 25/05/2006

Radicado: 1748

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Ahora bien, es de anotar que en vigencia de la Ley 80 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales carecían de competencia para declarar el incumplimiento e imponer multas a sus contratistas, según ha sido expuesto de manera reiterada por la jurisprudencia de la Sala<sup>101</sup>, que sirvieran de soporte a la

100 Sección Tercera. Sentencia de septiembre 13 de 1999. Exp. 10.264. CP. Ricardo Hoyos Duque.

101 En relación con las multas, esta postura se adoptó por la Sección Tercera mediante Sentencia de octubre 20 de 2005, expediente 14579; respecto de la declaratoria de incumplimiento ver, entre otras: sentencia de febrero 10 de 2005, expediente 25765 de la Sección Tercera de esta Corporación y sentencia de 29 de enero de 2014, de esta Subsección.

declaratoria del siniestro<sup>102</sup>, lo cual implica que, con la excepción de la declaratoria de caducidad, las entidades estatales no se encuentran facultadas para expedir el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del siniestro y que para reclamarle a la aseguradora deben seguir el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción del asegurador. Sobre el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación conceptuó:

**b) La operatividad de las cláusulas penales en los contratos estatales que carecen de la cláusula de caducidad.**

De acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.

En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, su exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir a la jurisdicción administrativa,<sup>[17]</sup> en cuyo caso tiene la opción propia del derecho privado: bien sea que ejecuta para el cumplimiento de la obligación principal más la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales que sea posible acumular con la primera, o, bien sea que sólo ejecuta por la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria, según se

---

102 En aquellos casos en los cuales la declaratoria del siniestro se soporta en actos administrativos –que declaran el incumplimiento o que imponen multas-, y que posteriormente son anulados por esta jurisdicción, la consecuencia inmediata es la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declara la ocurrencia del siniestro.

expuso. Cuando no existan las potestades excepcionales enumeradas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración, la administración no puede expedir actos administrativos para terminar el contrato, o declarar el incumplimiento total o parcial del mismo.

Las anteriores afirmaciones chocan con la práctica contractual, pues en el clausulado de las garantías, las aseguradoras exigen la expedición de un acto administrativo en el que conste el incumplimiento como requisito para el pago del valor del siniestro, sin tener en cuenta que en el contrato garantizado no se incluyen las cláusulas excepcionales. El problema radica en dilucidar cuál es el efecto de una cláusula así establecida por el asegurador y su cliente, el contratista del estado.

**Para la Sala es claro que esta estipulación contractual carece de la fuerza necesaria para atribuirle una competencia o potestad administrativa a una entidad pública, no sólo porque la administración no es parte del contrato de seguro de cumplimiento, sino porque sólo la ley y los reglamentos que la desarrollen pueden asignar funciones públicas. Además sería inútil para la administración expedir unos actos administrativos para el cobro de las garantías que posteriormente serían anulados por la jurisdicción contencioso administrativa por falta de competencia. Entonces, la única solución posible es la de aplicar en éste tema en su integridad las reglas del código de comercio, según las cuales es necesario presentar una reclamación ante las compañías de seguros, quienes deberán proceder a pagar el siniestro o a objetarlo en forma motivada, recordando además que la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola en los casos del artículo 1053 del código de comercio<sup>103</sup> (Negrillas añadidas).**

---

103 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de mayo 25 de 2006, Radicado 1748, M.P. Enrique José Arboleda.

## Conorcio. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
Fecha: 14/08/2014  
Radicado: 11001-03-25-000-2012-00208-00  
Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 30/01/1997  
Radicado: 942  
Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

Recuérdese que los Consorcios, por naturaleza, no conforman una persona jurídica autónoma, resultando aún discutible si son capaces de comparecer en juicio<sup>104</sup>. Con todo, las sociedades que lo integran están debidamente vinculadas al proceso y están llamadas a responder en los términos antedichos.

## Conorcio. Naturaleza jurídica y objeto del consorcio



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 23/05/2002  
Radicado: 73001-23-31-000-1997-4829-01 (17588)  
Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 23/07/1987  
Radicado: 128  
Ponente: Jaime Betancur Cuartas

El acto demandado fue el de adjudicación de una licitación; lo impugnó un licitante vencido y la demanda se dirigió contra la Autoridad que profirió ese acto, Departamento del Tolima, y las personas a las cuales se les adjudicó esa licitación pues se indicó al “Conorcio

<sup>104</sup> Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil, ha manifestado:

*“El consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)”*

(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997, radicación número 942).

Movitierra Ltda. - Luis Fernando Botero Londoño”, el cual como se verá es legalmente un conjunto de personas, desde el punto de vista de la composición, sin que originen una persona jurídica diferente.

*Figura jurídica del “consorcio”.* Naturaleza jurídica, objeto y representación legal, analizada en el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto dictado el 23 de julio de 1987:

“Su antecedente mediato se encuentra en los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto-ley 150 de 1976 que autorizaba la presentación conjunta de propuestas por dos o más personas bien fuere naturales o jurídicas; con posterioridad, el Decreto - Ley 222 de 1983 reformativo y derogatorio del anterior, en sus artículos 3º, 4º, 5º y 6º aluden en forma más directa a los denominados consorcios. Son estas las únicas manifestaciones de orden legislativo sobre el tema, sin que pueda decirse que ellos la agotan, por cuanto fijan solamente algunas pautas generales dejando en el vacío muchos problemas que en la práctica suelen generar conflictos de difícil solución.

En el campo mercantil no existe regulación alguna que permita deducir las características de los denominados consorcios y sus efectos no sólo en las relaciones entre quienes lo integran, sino frente a terceros; tampoco parece existir figura jurídica a la cual pueda asimilarse. Sin embargo, con base en las normas del Decreto-ley 222 algunas sencillas apreciaciones pueden elaborarse. El consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica.

Con el Consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el

objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar.

Los integrantes del consorcio responden solidariamente por la ejecución del contrato celebrado, lo que viene a salvaguardar la posición de la entidad contratante frente a aquél dado que uno de los extremos de la relación jurídica contractual, carece de personalidad jurídica; de igual manera la prohibición de cederse el contrato entre quienes integran el consorcio es una forma de mantener la finalidad del mismo, las causas que le dieron origen, hasta la culminación normal del propósito para el que fue constituido”<sup>105</sup>

Concepto proferido el día 30 de enero de 1997 (cuando ya regía la ley 80 de 1993):

“La celebración del contrato estatal con un consorcio, está previsto por el estatuto de contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales -públicas o privadas- o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman (art. 7o. ley 80 de 1993).

No se constituye el consorcio de una persona jurídica autónoma e independiente de quienes participan en su conformación para los efectos de la presentación de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, lo cual no obsta de modo alguno para que se designe un representante, con capacidad para contratar y obligar al consorcio (art. 6o. ley 80 de 1993). La categoría de persona pública, privada o mixta, no puede predicarse de los consorcios ya que

---

105 Radicación No. 128. Concepto a consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico.

carecen de personalidad jurídica. En efecto para la existencia de personas jurídicas se requiere de un acto jurídico positivo (de la constitución, la ley, ordenanza o acuerdo municipal o convenios, en el caso de personas descentralizadas de segundo grado) que les de nacimiento y establezca su estructura y características; tampoco aparece enlistado en las denominadas entidades estatales que detalla el art. 2o. de la ley 80 de 1993. El hecho de administrar recursos estatales en cumplimiento de las prestaciones que son objeto de obligaciones contractuales, tampoco imprime personalidad pública al contratista, en este caso al consorcio; como tampoco se trasmite a este el carácter público o privado de las personas participantes del consorcio. El consorcio es entonces una forma no societaria de relación o vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, **con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos**, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y penal establecidas en la ley (arts. 7o. y 52 , ley 80 de 1993)”<sup>(106)</sup>

### Contrato. Condiciones para que tenga carácter administrativo



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 09/03/0988  
 Radicado: CE-SEC3-EXP1988-N4913-180  
 Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 04/04/1974  
 Ponente: Luis Carlos Sáchica  
 Radicado: 867

La clasificación de los contratos entre los de derecho privado y los de derecho público o administrativos es un tema que aún no ha decantado suficientemente la jurisprudencia ni la doctrina. Por ejemplo, esta Corporación ha emitido diversos

106 Radicación No. 942. Concepto a consulta formulada por Ministro de Trabajo y Seguridad Social

conceptos sobre el particular, uno de los cuales señaló diez criterios diferenciadores, los cuales le permitieron a la Sala de Consulta y Servicio Civil concluir que “un contrato es administrativo cuando, autorizado por la ley, es celebrado por un organismo de la administración para realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de derecho público, porque así lo dispone o autoriza la ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista”. Los fundamentos de esa deducción los presentó así la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“En Colombia, se podría entender que el carácter administrativo de un contrato celebrado por organismos estatales, resultaría de la concurrencia de algunas de estas condiciones:

- a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;
- b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo ‘ sin excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que el contrato sea de derecho privado;
- c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;
- d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los pagos a la existencia y disponibilidad de apropiaciones presupuestales suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad

- administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;
- e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;
  - f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;
  - g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin indemnización y en favor del Estado, el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;
  - h) La calificación que la propia ley dé al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso - administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;
  - i) El objeto del contrato, como en los casos citados en la letra anterior;
  - j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en

definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que - esa vinculación ha de ser a un fin inmediato de servicio público” (Concepto de 4 de abril de 1974, “*Anales del Consejo de Estado*”. T. LXXXVI, págs. 22 y ss.);

### Contrato. Modificación por mutuo acuerdo.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 29/05/2013

Radicado: 25001-23-26-000-2001-02337-01 (27875)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/08/2009

Radicado: 1952

Ponente: Enrique Arboleda

Otras sentencias que citan el mismo concepto

44001-23-31-000-2003-00657-01(33395)

Frente a la aplicación de los principios las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en los casos de modificación y de prórroga automática de los contratos estatales, el Consejo de Estado ha precisado los límites de los acuerdos de modificación y la improcedencia de celebrar cláusulas contentivas de prórrogas automáticas, según se puede observar en los conceptos citados a continuación:

i) El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, se ocupó del mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato<sup>107</sup>, así:

“Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de

107 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1.952 -11001-03-06-000-2009-00033-00, Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado.

ser cierta ésta afirmación permitiría sin más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente: (...)

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado. De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

ii) En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina, se pronunció el 19 de mayo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio de la Protección Social, con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001, así:

“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) 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.”

La Corte Constitucional, por su parte, se fundamentó en los principios de igualdad de los oferentes y de la planeación contractual, inmersos en el artículo 209 de la Constitución Política, para concluir acerca de la exequibilidad condicionada de la prórroga del contrato de concesión, en su momento prevista en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, asunto en el que la Corte citó el concepto de 2009 emitido por el Consejo de Estado y consideró que la prórroga o adición no puede ser pactada en violación del principio de igualdad de los oferentes, así como se detuvo en el análisis del principio de planeación, que exige evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual<sup>108</sup>.

### *Contrato. Modificación y procedimiento para ello.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 28/05/2015

Radicado: 76001-23-31-000-2004-000558-01 (36407)

Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/08/2009

Radicado: 1952

Ponente: Enrique Arboleda

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación ha conceptualizado que:

“Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo

108 Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012.

mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones.

Un segundo parecer formula la Sala a partir del verbo “evitar” utilizado por la norma. Según el Diccionario, significa “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”, lo que permite interpretar que la norma está indicando que la administración debe anticiparse a un resultado posiblemente dañino que puede llegar a suceder más adelante en el tiempo. Es absurdo esperar a la paralización o a que el servicio público se afecte, hay que hacer lo posible para que esto no ocurra. Esto implica una labor de planeación y de prevención necesaria para que la modificación del contrato evite el hecho dañino que se anticipa. Se anota que el artículo 18 del mismo Estatuto, al definir las situaciones en las que se puede declarar la caducidad de un contrato estatal, utiliza el mismo concepto, exigiendo de la administración una actuación preventiva más que sancionadora.

Las expresiones “paralización” y “afectación grave”, corresponden a dos situaciones diferentes que pueden presentarse respecto de la prestación del servicio. La interpretación gramatical de las palabras así lo demuestra, pues la primera indica que una actividad, funcionamiento o proceso se detienen, se quedan quietos, mientras que la segunda denota continuidad pero alterada, cambiada, menoscabada.<sup>109</sup> En la primera de ellas el servicio se interrumpe, mientras que en la segunda continúa pero afectado, es decir se entrega de mala calidad, sin las características suficientes para que sea aceptado sin reparos por los usuarios o beneficiarios del mismo.

La hipótesis de la afectación grave debe ser interpretada en consonancia con los artículos 14 y 2° numeral 3° del mismo Estatuto, pues en el primero de los citados se establece que las finalidades de las potestades de dirección y control, son las de “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”; y la definición de servicio público que trae la segunda norma citada, exige que se preste en “forma general, permanente y continua.” De estas reglas se desprende con mayor claridad que para la ley no se trata de prestar de cualquier manera el servicio, sino de manera adecuada, general, permanente y continua, esto es, de buena calidad.

---

109 D.R.A.E. Paralización, paralizar: “Detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo”. / Afectar: “...5. menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. / 6. Producir alteración o mudanza en algo”.

Exige el artículo 16 que la afectación sea grave, es decir que tenga implicaciones de fondo en el servicio público de que se trata. Nuevamente utiliza la ley expresiones de textura abierta, las cuales deben aplicarse prudentemente en cada caso concreto. Para la situación consultada, tanto la afectación como la mejora del servicio público deben ser realmente sustanciales, que redunde favorablemente en los diferentes aspectos y circunstancias de la prestación que se le entrega a la comunidad, como la oportunidad, eficacia, costo, generalidad, tecnología apropiada, cumpliendo los estándares de calidad generalmente aceptados, etc. La administración debe ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de modificación, y demostrar que sin la modificación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano.

En tanto se reúnan las condiciones anteriormente expuestas, es claro que, cuando exista la necesidad demostrada de modificar un contrato estatal con miras a evitar graves afectaciones del servicio por no obtener una mejoría en la prestación a cargo del concesionario, ello puede hacerse dentro del marco del artículo 16 transcrito, según el cual debe buscarse primero un mutuo acuerdo y si no se obtiene, la administración deberá imponerla mediante acto administrativo debidamente motivado”<sup>110</sup>.

En cuarto lugar, la norma en cita limita la modificación introducida por la administración a *“la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”*, consecuencia de lo cual podría resultar alterado el valor del contrato, pero, no se prevé la facultad para, simplemente, modificar el valor del contrato, a expensas del contratista y sin ningún vínculo con el objeto del contrato.

Al respecto, la norma *ibídem* prevé la facultad en el contratista de renunciar a la continuación de la ejecución cuando las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial. Entonces, las modificaciones de los contratos estatales no son, simplemente, discrecionales sino que, como toda actividad administrativa, está reglada y sujeta a los eventos en que se evidencie la paralización o afectación grave de los servicios públicos contratados.

Al respecto, sobre el mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato, la Sala considera resaltar que, aunque es frecuente oír que por el solo hecho de existir

---

110 Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de agosto de 2009, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal es posible variarlo, tal afirmación no es de recibo frente a la contratación estatal, como bien lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación:

“La autonomía de la voluntad en la teoría clásica, significa que existe libertad para decidir si se contrata o no, de elegir el cocontratante, de escoger el tipo de contrato, su contenido y régimen jurídico<sup>111</sup>. Por lo general, no se exige que los contratos tengan una causa o un fin determinados, pues se permite inclusive la mera liberalidad. Se prohíben la causa o el fin ilícitos como límites de esta libertad. Los pilares de la autonomía de la voluntad se encuentran en los artículos 15 y 16 del Código Civil que dicen: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia,” y “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

Es claro que los particulares pueden disponer con gran libertad de todos sus derechos y pactar todo aquello que no esté prohibido, aún si los perjudica. Siendo la modificación de un contrato convenido por particulares un contrato más, por regla general a ella se le aplica el principio de la autonomía de la voluntad y sus efectos, al punto que, al modificarlo, pueden acordar uno totalmente diferente del inicial.

Con mucha frecuencia se justifica la modificación de los contratos estatales, con el argumento de que basta que las partes estén de acuerdo para ello, sin que sea necesario que exista una causa o fin determinado o una norma positiva que la regule. Se dan como razones de tal proceder el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que permite celebrar los contratos “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” y el artículo 13 del mismo estatuto, según el cual, los contratos de las entidades estatales

---

111 Al hacer estas afirmaciones generales, no desconoce la Sala que las nociones de contrato y de autonomía de la voluntad son hoy en día fuertemente criticadas e incluso se habla de una crisis de estas nociones debido, en especial, a la economía de masas que ha impuesto enormes limitantes fácticas a la contratación privada, y ha dado nacimiento a nuevas ramas del derecho como el de la protección a los consumidores.

“se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley.” Tomando en forma literal y aislada del contexto legal estas dos disposiciones, se expone que ellas autorizan la aplicación de las reglas sobre libertad contractual propias del derecho privado a la modificación de los contratos de los entes públicos. En la práctica de la administración pública, frecuentemente se modifican cuando hay razones de conveniencia, ajustando las obligaciones, los plazos o algunas circunstancias concretas del contrato. Existe una cierta laxitud en la apreciación de tales motivos de conveniencia, y en múltiples casos no es más que aceptar un mal menor frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones.

Estima la Sala que la anterior argumentación según la cual por regla general cuando hay común acuerdo pueden modificarse los contratos estatales, no es de recibo, por las siguientes razones:

El común acuerdo en derecho administrativo es una manera de modificación del contrato estatal, pero en sí mismo no es una causa o razón para hacerla. El artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración, define los contratos estatales como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...” Esta norma fija o determina los actos jurídicos que pueden tomarse como contratos estatales para efectos de la ley, entre los cuales están los derivados de la autonomía de la voluntad. Se exponía antes que la autonomía de la voluntad conllevaba la libertad de decidir si se contrataba o no y de seleccionar libremente al cocontratante, facultades de las que carece, como regla general la administración. El principio de planeación consiste en que la administración debe prever, con diferentes grados de anticipación, qué contratos va a realizar durante cada vigencia fiscal y sólo excepcionalmente puede celebrar otros por fuera de tal planeación, por esta razón la libertad para decidir si se contrata o no, en derecho público es muy restringida. Lo mismo sucede con la selección del contratista, pues en la

legislación vigente la regla general es la licitación pública, a cuyo lado existen otros procedimientos reglados y sólo excepcionalmente hay libertad para conseguir el contratante. Esta limitación a la libertad de contratación de las entidades públicas tiene otro sustento: el de garantizar la igualdad de los posibles oferentes frente a la oportunidad que significa ejecutar un contrato estatal. La autonomía de la voluntad en la norma en comento autoriza al Estado a definir y a proponer, de acuerdo con las necesidades de los servicios a su cargo, la tipología y el contenido obligacional, (salvo que haya obligación legal de celebrar cierto tipo de contrato) pero no conlleva los otros efectos que esta institución posee en el derecho de los particulares.

Con las limitantes expuestas debe entenderse el artículo 13 del mismo Estatuto, que establece el derecho comercial y el civil como reglas generales de los contratos estatales.

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes”<sup>112</sup>.

### Contrato adicional y adición de contratos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 27/11/2002

Radicado: 11001-03-26-000-2002-0018-01 (22567)

Ponente: María Elena Giraldo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 26/08/1998

Radicado: 1121

Ponente: César Hoyos Salazar

Finalmente cabe destacar que la recurrente cuando afirma que el Tribunal no podía ordenar la liquidación de “los contratos adicionales” del contrato 125 de 1997 no diferencia los conceptos de *contrato adicional* y *adición de contratos*, lo cual parece ser la causa que lo condujo a alegar que la liquidación judicial del contrato mencionado tampoco podía extenderse a los “contratos adicionales”, porque en realidad la liquidación judicial hecha por el Tribunal de Arbitramento recayó sobre una sola negociación, como ya se dijo antes, que comprendió el contrato principal y las adiciones a éste. Al respecto se hará referencia a Concepto emitido por el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, dictado el día 26 de agosto de 1998<sup>113</sup>:

“Son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución. La ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de ‘adición de los contratos’, sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite: no más del

112 Concepto en cita.

113 Concepto 1.121. Solicitante: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. ( ).

La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo, por cuanto el artículo 16 de la ley 80 estatuye que la modificación unilateral consiste en introducir variaciones en el contrato por la entidad contratante, cuando previamente las partes no lleguen a un acuerdo sobre supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Por su parte, el artículo 14 que prevé los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, entre ellos la modificación unilateral, prescribe que en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley”.

## Contrato estatal. Elementos configurativos



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 30/01/2008  
Radicado: 52001-23-31-000-2005-00512-01 (32867)  
Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 04/04/1974  
Radicado: 867  
Ponente: Luis Carlos Sáchica

Para determinar si los contratos de seguros que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales pertenecen también, o no, a esa categoría, resulta indispensable precisar cuándo un contrato debe tenerse como estatal. Al respecto resulta pertinente mencionar que en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 4 de abril de 1974<sup>114</sup> -aunque en vigencia de un ordenamiento legal totalmente diferente al que se encuentra vigente en la actualidad y que de manera principal recoge hoy la Ley 80 de 1993, pero de gran importancia para la ilustración de la materia-, a propósito de la clasificación de los contratos de la Administración Pública aplicable para esa época, realizó las consideraciones que se transcriben a continuación acerca de los elementos o criterios que permitirían identificar un contrato como administrativo, así:

“a) Su origen o iniciativa, que debe ser una autorización legal, general o específica, háyase dado ella antes de su celebración o en forma posterior, a manera de aprobación o ratificación, condición ésta que no es particular del contrato administrativo propiamente dicho aunque sí de todos los contratos de la administración, y que no es otra cosa que aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez;

“b) La naturaleza de las partes contratantes o de una de ellas, esto es, el de que en todo contrato administrativo una al menos de las partes es un organismo estatal; en el primer caso, el contrato, en principio, será administrativo sin

114 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 1974. Anales del Consejo de Estado, páginas 22 y siguientes.

excluir la posibilidad de que pueda ser de derecho privado; en el segundo, esa circunstancia no es determinante, puesto que es posible que sea de derecho privado;

“c) Por los requisitos formales necesarios para su perfeccionamiento, cuestión adjetiva que puede simplemente hacer compleja la formación del contrato o solemnizarlo, distinción externa que sólo adicionalmente puede ayudar a la distinción de los contratos administrativos;

“d) La inclusión concurrente de estipulaciones o cláusulas que podemos llamar forzosas en tanto es exigida por la ley, lo que indica que el régimen legal del contrato es de derecho público total o parcialmente, como las referentes a garantías, condicionamiento de los suficientes, reserva presupuestal, multas, renuncia a reclamación diplomática, cláusula penal pecuniaria, caducidad administrativa, término máximo de duración, campos en los cuales no existe libertad de contratación;

“e) La estipulación que incorpora expresamente al contrato como cláusulas del mismo prescripciones legales o todo un estatuto que rige incondicionalmente el contrato, sin que las estipulaciones especiales del convenio puedan modificarlas, resultando todo su contenido de derecho público, como en los contratos de concesión de derechos de exploración y explotación de petróleos;

“f) La contratación mediante licitación, es decir, con base en la oferta hecha por la administración en un pliego de cargos (sic) que contiene una serie de condiciones inmodificables, que son las futuras estipulaciones contractuales, haciendo de este sistema una especie de contrato de adhesión en cuyas cláusulas consciente el particular contratista en forma simple y pura, sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste;

“g) La utilización por parte de la administración de privilegios de poder público, rompiendo la igualdad formal de las partes contratantes con el empleo de estipulaciones no usuales ni admisibles en los contratos privados por razón del interés público envuelto en el contrato, como cuando se conviene la caducidad administrativa, la vigilancia de la ejecución del contrato, la reversión de los elementos afectados a su cumplimiento, sin

indemnización y a favor del Estado el cambio de especificaciones, el reajuste de precios, o cualquiera de las llamadas cláusulas exorbitantes;

“h) La calificación que la propia ley le da al contrato como administrativo, en forma directa o indirecta, como cuando exige la incorporación de la cláusula de caducidad administrativa en los de obras, servicios y explotación de bienes del Estado, o al asignar como jurisdicción para sus controversias los tribunales contencioso - administrativos, casos en que se trata de contratos administrativos por definición legal;

“i) El objeto del contrato, como en los casos citados en letra anterior.

“j) La vinculación del contrato a un fin de interés público, o sea, a un servicio público, circunstancia no relevante, puesto que, siempre, todos los contratos de la administración, aún los de derecho privado, tienen en definitiva una finalidad de esta naturaleza, ya que la administración no puede tener objetivos extraños a los servicios estatales, por lo cual este criterio se ha precisado diciendo que esa vinculación ha de ser un fin inmediato de servicio público”.

### Contrato estatal. Imposición de multas



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 10/09/2014

Radicado: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28875)

Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 29/11/10

Radicado: 2040

Ponente: William Zambrano Cetina

En lo relativo a la imposición de multas en contratos estatales ésta Corporación ha señalado:

- “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 conllevan 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.”<sup>115</sup>.

### Contrato de aportes



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 11/08/2010  
 Radicado: 76001-23-25-000-1995-01884-01 (16941)  
 Ponente: Enrique Gil Botero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 02/12/1996  
 Radicado: 907  
 Ponente: Luis Camilo Osorio

En relación con la naturaleza del negocio jurídico mencionado, es preciso señalar que se trata de un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública –ley 80 de 1993–, y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979. En efecto, se trata de una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales

115 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010.

el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación sostuvo:

“Los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la prestación total o parcial del servicio (Decreto 2388 / 79, art. 128), su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan.”<sup>116</sup>

### *Contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión. Diferencias*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 27/03/2014  
Radicado: 25000-23-26-000-1998-02814-01 (26939)  
Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 05/05/1999  
Radicado: 1190  
Ponente: Javier Henao Hidrón

Otro aspecto fundamental para destacar en los contratos de concesión es el que hace referencia a la vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto de las actividades desarrolladas por el concesionario, la cual se acrecienta e intensifica en este tipo de contratos por el especial interés público que involucran. Finalmente, una característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo.

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio.

Sobre ese particular la Corporación discurrió en la forma que se transcribe a continuación<sup>117</sup>:

“Y en lo atinente a (iii) la obligación, a cargo del concesionario, de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su cuenta y riesgo, se ha indicado que en cuanto, por definición legal al concesionario corresponde actuar por su cuenta y riesgo, ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia:

“La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”<sup>118</sup>.

---

117 Sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. No. 14390. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

118 Original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

## Contrato de administración delegada. Responsabilidad de las partes



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto  
Fecha: 08/07/2015  
Radicado: 05001-23-31-000-2008-01337-01 (42989)  
Ponente: Danilo Rojas Betancourth



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 13/06/2002  
Radicado: 1395  
Ponente: Cesar Hoyos Salazar

A su vez, respecto de la responsabilidad de las partes en el contrato de administración delegada se ha considerado que:

El contrato de administración delegada no es un contrato que por su naturaleza sólo sea útil al acreedor, sino más bien un contrato que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes. En efecto, el administrador delegado tiene derecho a una remuneración denominada “honorarios” por el artículo 5° del decreto 1518 de 1965, ya citado. Si se aceptara la tesis de quienes equiparan la posición del administrador en el contrato de administración delegada con la del mandatario en el contrato de mandato, la consecuencia en materia de responsabilidad sería la prevista por el artículo 2155 del C.C. que dispone: “El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga”. **Pero, en materia de responsabilidad del administrador delegado se entendió en el pasado que la derivada de los daños que puedan provenir de la obra pública recaen sobre la administración – entidad estatal contratante - y no sobre aquél, aunque éste es el ejecutante; pero este principio no se opone a que se pacte otra cosa; por ejemplo, los daños que puedan imputarse a hechos personales del administrador contratista, son de su responsabilidad y no comprometen la de la administración**<sup>119</sup> (se resalta).

119 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de junio de 2002, exp. 1395, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

## Contrato de aseguramiento del régimen subsidiado de seguridad social en salud.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 29/08/2016  
 Radicado: 27001-12-33-100-2005-00361-01 (34097)  
 Ponente: Danilo Rojas Betancourth



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 12/06/2003  
 Radicado: 1496  
 Ponente: Susana Montes de Echverri

29.3. Por su parte, el acuerdo 244 del 30 de enero de 2003 del CNSSS, cuya vigencia principió mientras estuvo en ejecución el contrato de aseguramiento, dispuso lo siguiente en su artículo 45:

*Artículo 45. Contratos de aseguramiento. Para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada administradora del régimen subsidiado, por el número de afiliados carnetizados que incluye la población trasladada, la nueva por ampliación de cobertura y la población de continuidad. El periodo de contratación será de un (1) año comprendido entre el primero (1) de Abril y el treinta y uno (31) de Marzo, el cual será prorrogable anualmente por dos años más, previo el trámite presupuestal pertinente.*

*Al finalizar cada anualidad se efectuarán balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.*

*Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, este contrato se regirá por el derecho privado y deberá incluir todas las fuentes de financiación del Régimen Subsidiado y como mínimo la información que determine el Ministerio de la Protección Social. La minuta del contrato deberá ser remitida por la entidad territorial a la ARS con anterioridad al inicio del periodo de contratación.*

29.4. Con fundamento en éstas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha señalado las características del contrato en comentario:

- Sujetos: la parte contratante está conformada por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud y, las empresas promotoras de salud,

y de otra parte, están las EPS, que cumplan con los requisitos exigidos, en el decreto 1804 de 1999, organizadas para administrar el régimen contributivo de seguridad social en salud, que además, se encuentren debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud.

- Objeto: asegurar el riesgo de salud de los afiliados al régimen contributivo, mediante la prestación directa o indirecta de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado POS –S, y administrar los recursos provenientes del subsidio a la demanda.
- Remuneración: como se explicó en el acápite correspondiente, la UPC-S que reciben las ARS por cada afiliado al sistema se constituye en la remuneración que se obtiene por el aseguramiento y garantía de la prestación del servicio a los afiliados conforme a los contenidos previstos por el CNSSS en el POS-S.

Como lo expresó esta Sala en concepto No. 1065 del 11 de marzo de 1998, se trata de contratos de carácter bilateral, oneroso, atípicos, de ejecución sucesiva y conmutativos “por cuanto las EPS se obligan a asegurar, administrar y ejecutar los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud que garanticen la prestación de los servicios de salud a las personas de escasos recursos - relacionadas con el listado de focalización- y las entidades estatales les reconocen un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación, UPC, la que se establece en razón al perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en las condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.<sup>120</sup>

---

120 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de junio de 2003. Rad. 1496. C.P. Susana Montes de Echeverri.

## Contrato de concesión minera. Regulación legal de la reversión

	<b>Sentencia</b>	<p>Consejo de Estado. Sección Tercera          Fecha: 06/09/2001          Radicado: 11001-03-26-000-1996-2039-01 (12039)          Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez</p>
	<b>Concepto citado</b>	<p>Sala de Consulta y Servicio Civil          Fecha: 08/09/1996          Radicado: 727          Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza</p>

El cambio de la regulación legal de la reversión, que se produjo entre la fecha de celebración y la de terminación del contrato de concesión 810 suscrito entre Cementos Boyacá y el Ministerio de Minas, produjo un interrogante en la normatividad que le es aplicable en consideración a que el artículo 38 de la Ley 153 entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración y a que el decreto ley 2655 de 1988, derogó expresamente la materia reglamentada por el decreto 805 de 1947. Al responder esa cuestión jurídica que fue formulada a la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación por el Ministerio de Minas y Energía, se explicó:

“De conformidad con lo expuesto las disposiciones del Decreto 805 de 1947 no tienen aplicación a los casos de reversión de concesiones aunque éstas se hubieren otorgado bajo su vigencia. Existe una doble razón: Que la disposición fue derogada y porque la materia relativa a la reglamentación de aquellas actividades podía modificarse en cualquier momento por el legislador. No obstante que su contenido se hubiera convertido en cláusulas contractuales, en virtud de que trata asuntos de interés público a cuyo manejo el Estado no puede renunciar en virtud del negocio que la concesión representa, ya que éste no puede interferir ni alterar la función pública.

El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio de que el contrato es ley para las partes y con este criterio concuerdan los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993 que determinan el sometimiento de la concesión a las normas vigentes en el momento de su celebración. La idea que orienta la jurisprudencia y la doctrina respecto del tratamiento que debe darse a la concesión es la de que, siendo ley para las partes los aspectos relativos al negocio que el contrato comporta, los cuales no pueden

modificarse unilateralmente por el Estado, las condiciones del servicio involucran el interés público y por ello permanecen bajo control legal, en la medida en que aquél, entendido como de orden público, constituye la función primordial del Estado a la que éste no puede renunciar.

Finalmente el artículo 74 del Código de Minas, Decreto 2655 de 1988, al integrar a su texto las normas del Decreto 805 de 1947, no empecé (sic) a que conservó la misma orientación anterior, precisó que la reversión sólo opera respecto de contratos de concesión de gran minería en cuyos casos el contratista está obligado a dejar en estado de funcionamiento todos los bienes destinados a la exploración y explotación de yacimientos y a su beneficio. Así las cosas, la reversión no opera y la norma lo puntualizó, en lo referente a contratos de concesión de mediana minería, ni en las licencias de exploración o explotación, ni “tampoco habrá lugar a ella en favor de la Nación en los aportes”, dijo la disposición en su enunciado final; además en los casos de caducidad, la norma excluyó la reversión cuando aquella se origine por causa de muerte.”<sup>121</sup>

Respecto del anterior concepto, la Sala encuentra necesario precisar algunos aspectos relacionados con la procedencia de la reversión para los contratos celebrados con anterioridad al decreto ley 2655 de 1988. Como el artículo 106 del decreto 805 de 1947 dispuso que “*al vencimiento del término de duración de estos contratos*” operaría la reversión de todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos para la exploración y explotación minera, la medida resulta aplicable a todos los contratos de concesión minera celebrados en vigencia de esa normativa, una vez se dé la terminación del mismo por vencimiento de plazo. Si la condición fáctica a que está sometida la reversión, el vencimiento del plazo del contrato de concesión, se produce en vigencia del decreto 805 de 1847, la nueva reglamentación que sobre la materia introdujo el decreto 2655 de 1988 no afecta esa situación jurídica consolidada. Pero si el vencimiento del plazo del contrato de concesión, que condiciona la efectividad de la reversión, se produjo en vigencia de una nueva disposición que reguló totalmente la materia, deben acatarse las disposiciones que reglamenten aspectos no regulados

---

121 Concepto N° 727, del 8 de septiembre de 1996.

por la normativa anterior, fundamentalmente los encaminados a la operatividad de la medida. Se tiene entonces que la reversión se aplica al contrato que se estudia, porque así lo dispuso la ley vigente al momento de la celebración del contrato, decreto 805 de 1947; pero ocurre también que las regulaciones particulares que introdujo el decreto ley 2655 de 1988 sobre la materia no le son ajenas al mismo, porque el contrato estaba en ejecución cuando entró a regir esta nueva reglamentación, que llenó espacios normativos que el decreto de 1947 no reguló.

### *Contratos de exploración, explotación y comercialización de recursos naturales*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 23/02/2012

Radicado: 25000-23-26-000-1997-04173-01 (18929)

Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 08/09/2005

Radicado: 1667

Ponente: Enrique Arboleda

De conformidad con el contenido del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corporación *“los contratos celebrados para el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera de recursos naturales renovables y no renovables, no se encuentran sujetos al régimen previsto por el Estatuto de Contratación Estatal, por cuanto éste, de manera expresa, ha dispuesto que sean gobernados por la legislación especial que les es aplicable<sup>122</sup>, es decir, por el régimen minero”*.<sup>123</sup> La Sala de Consulta y Servicio Civil emitió concepto respecto del régimen aplicable y ha reconocido que a los contratos que tienen por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales, así como a los demás contratos que celebren las entidades en cuyo objeto social figuran estas actividades, no les resulta aplicable la Ley 80 de 1993; en efecto, así se pronunció:

122 Original de la Sentencia en cita: Así lo ordenaba el Parágrafo del artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 y también lo establece actualmente el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

123 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 13 de 2008, Expediente 34594, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

“La Corte Constitucional en Sentencia C-949 de 2001, al declarar exequible el artículo 76, en cuanto remite a los reglamentos internos la definición de los procedimientos de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse, manifestó:

‘No ve la Corte como pueda prosperar el cargo relativo a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 76 de la ley 80 de 1993, por violación de la unidad del Estatuto Contractual cuando está claramente establecido que el propósito del constituyente al autorizar la expedición de un estatuto general de contratación estatal en los términos del artículo 150 de la Carta, no acarrea el deber para el legislador de adoptar en un solo cuerpo normativo que condensara en forma exclusiva toda la legislación existente en este campo.

‘Tampoco encuentra reparo alguno de constitucionalidad a la facultad de las entidades dedicadas a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales y demás actividades enunciadas en la norma bajo análisis, de determinar en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales, las cuantías y los trámites que deben sujetar la celebración de los contratos correspondientes, puesto que simplemente se trata de desarrollar el deber de selección objetiva replicando en dichos reglamentos los principios de transparencia, economía y responsabilidad que están consagrados en la ley 80 de 1993, determinación que además es congruente con la autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada por la ley.(...)

“La Sala comparte el pronunciamiento de la Corte Constitucional transcrito, pues encuentra que el artículo 76 de la misma, más allá de consagrar el régimen aplicable a los contratos que celebren las entidades encargadas de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales renovables y no renovables, las autoriza a expedir un reglamento interno que regule el procedimiento de selección, cláusulas excepcionales, cuantías y trámites, que deba adelantar la empresa o entidad en desarrollo de su objeto social.

“(...) Los procedimientos que se adopten por las entidades estatales

competentes, en los términos del artículo 76 de la ley 80, deben desarrollar, como lo afirma la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001, el deber de selección objetiva y los principios consignados en la ley 80 de 1993 con el fin de que le permita contar con mecanismos adecuados para competir en el mercado en igualdad de oportunidades frente a los demás agentes económicos, se insiste, dando cumplimiento a los principios sin sacrificar su eficiencia. Hace notar la Sala que la facultad del artículo 76 que se analiza no consiste en reglamentar los artículos 24 a 30 de la ley 80 de 1993. Se está en presencia de una atribución especial derivada de la “autonomía administrativa que la ley les atribuye para el cabal desempeño de la gestión que les ha sido encomendada” según lo expuso con toda claridad la Corte Constitucional en la sentencia citada, que le permite dictar sus propios procedimientos de selección de contratistas, los trámites, las cuantías y las cláusulas excepcionales que se puedan aplicar, cumpliendo los principios, para obtener los resultados económicos queridos por el legislador.

“En cuanto al contenido de los contratos y las reglas aplicables en el aspecto sustantivo de los mismos, han de aplicarse los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993, según los cuales los contratos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en la ley” y las estipulaciones “serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, le “correspondan a su esencia y naturaleza”.<sup>124</sup>

---

124 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de septiembre 8 de 2005, Expediente 1667, C.P. Enrique José Arboleda.

## Contrato de fiducia pública



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 25/03/2004

Radicado: 76001-23-25-000-2002-0026-01 (23623)

Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 04/03/1998

Radicado: 1074

Ponente: Cesar Hoyos Salazar

El art. 32, numeral 5°, de la Ley 80 regula la celebración de encargos fiduciarios y fiducias públicas, estableciendo que, en ningún caso, dichos contratos implican la transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni la constitución de patrimonios autónomos del propio de la respectiva entidad oficial. Sobre este tipo de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil, manifestó lo siguiente:

“En efecto, por regla general la llamada fiducia pública no implica transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales, ni constituye tampoco un patrimonio autónomo, distinto del propio de la entidad estatal (art 32-5° inc. 8°). De manera excepcional, la misma ley 80 prevé en el artículo 41 parágrafo 2° inciso 2° la constitución de patrimonios autónomos, con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, para desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales. Además, hay dos particularidades que contiene la ley 80, que son aplicables tanto al encargo fiduciario como a la llamada fiducia pública, y consisten en que la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, tienen como sujeto contratante a las entidades estatales fideicomitentes, de manera que no se pueden delegar a las sociedades fiduciarias y que la remuneración o comisión de la fiduciaria no se puede pactar con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados (art. 32-5° inc. 3°).

La misma norma precisa en el inciso sexto, que los contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública deben sujetarse a las normas de la ley 80, lo cual significa que si por la cuantía o por el hecho de no encontrarse uno de esos contratos en las previsiones de contratación directa del artículo 24,

éste requiere de licitación pública, la sociedad fiduciaria, sea estatal o privada, debe realizar tal procedimiento, aunque, como se indicó, **la adjudicación** la debe efectuar la entidad estatal fideicomitente. A la excepción prevista en el artículo antes indicado se agregan la consignada en el artículo 41 parágrafo 2º inciso 9º de la misma ley para las operaciones de crédito público y las conexas con éstas, que se contratarán en forma directa, y las demás que en forma expresa establezca el estatuto de contratación o leyes posteriores”<sup>125</sup>

En conclusión, la fiducia pública o el encargo fiduciario, de carácter estatal, son contratos en los que, al contrario de lo que ocurre en la fiducia mercantil, no se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitidos, los cuales continúan en cabeza de la entidad estatal, y tampoco se genera, con ellos, un patrimonio autónomo. Si, como se dijo, la norma transcrita del C.P.C., encuentra su razón de ser en el hecho de que, en la fiducia mercantil, se transfiere el derecho de dominio sobre los bienes objeto del contrato y éstos crean un patrimonio autónomo diferente al del fiduciario, es claro que la misma no tiene aplicación en los contratos regulados por el art. 32, numeral 5 de la Ley 80, en los que no se transfiere dominio ni se crea un patrimonio autónomo.

### Contrato de mandato



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 30/10/2013

Radicado: 25001-23-26-000-2000-01696-01 (32720)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 04/12/2004

Radicado: 1592

Ponente: Enrique Arboleda y Gustavo Aponte Santos

Otras sentencias que citan el mismo concepto

25000-23-26-000-2003-01548-01 (34562)

Toda vez que en este caso se pretende la declaración del incumplimiento de las obligaciones de un contrato de prestación de servicios y a la vez el objeto contractual

125 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de marzo de 1998, Radicación No. 1074.

se refirió a la prestación de servicios por parte del contratista para la contestación de demandas en 200 procesos contencioso administrativos, “*de conformidad con los poderes que se le otorguen*” y que dentro de los respectivos procesos judiciales obran actos de apoderamiento aceptados por el apoderado, vale la pena observar *prima facie* que pueden existir concurrencia del contrato de prestación de servicios previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con el contrato de mandato establecido en el artículo 2142 del Código Civil y el acto de apoderamiento referido para efectos de su terminación en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, además de que se tiene presente que en el mandato para representación judicial y en el apoderamiento judicial se predicán unas notas características propias de la gestión de los profesionales del derecho, con unas reglas especiales sobre los deberes en relación con la gestión encomendada y la remuneración cobrada, así como el derecho a la revocatoria del poder instituida por nuestro Código de Procedimiento Civil en favor del poderdante, sin perjuicio de la obligación de pagar los honorarios y gastos causados al apoderado.

Profundizando en este punto, la Sala se detiene en la condición especial del contrato de mandato para la representación judicial en relación con la cual advierte que al contrato de mandato aplican las normas del Código Civil, tal como ha observado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia de los consejeros Enrique José Arboleda Perdomo y Gustavo Aponte Santos:<sup>126</sup>

“B. El contrato de mandato.

La realización de un contrato de mandato u otorgamiento de poder a un abogado, para que suscriba en nombre de la entidad estatal, documentos privados (títulos valores, por ejemplo) o escrituras públicas, o sea su apoderado en actuaciones extrajudiciales o procesos judiciales es diferente también del ejercicio de funciones administrativas por particulares. El mandato se sujeta a las normas de los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, 65 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 13, 32 primer inciso y 40 primer inciso, de la ley 80 de 1993, y no constituye tampoco,

---

126 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejeros Ponentes Enrique José Arboleda Perdomo y Gustavo Aponte Santos, concepto de 4 de noviembre de 2004, radicación No. 1.592.

ejercicio de funciones administrativas por un particular, pues el mandatario actúa siempre en nombre y representación de la entidad mandante, la cual conserva sus funciones. Si bien el mandatario se puede relacionar con terceras personas, lo hace en calidad de representante, pero no en ejercicio de funciones de la entidad.”

### Contrato de obra pública por administración delegada. Elementos del precio



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 06/06/2007

Radicado: 25000-23-26-000-1996-02482-01 (17253)

Ponente: Ruth Stella Correa Palacio



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/02/1984

Radicado: 2037

Ponente: Oswaldo Abello Noguera

El contrato de obra pública por administración delegada<sup>127</sup> no constituye una figura nueva en el derecho colombiano como que de él ya se ocupaba tanto el artículo 85 del decreto 150 de 1976<sup>128</sup>, como los artículos 90 a 100 del decreto 222 de 1983. Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del

127 De acuerdo con el decreto 2090 de 1989, por el cual se expidió el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura, se definió esta modalidad de pago del contrato de obra pública, en el artículo 1º sección séptima en los siguientes términos: “ 7.1.1 CONSTRUCCION POR ADMINISTRACION DELEGADA. En este caso el arquitecto obra como representante o delegado de la entidad contratante y todos los gastos de la obra se hacen por cuenta y riesgo de este último. El arquitecto deberá pagar a nombre y cuenta de la entidad contratante todos los gastos de obra definidos como presupuesto de construcción, sin incluir los gastos legales, financieros, gerencia, promoción y ventas, escrituración, propaganda y avalúos que no se consideran incluidos en el presupuesto de la obra. Sobre este punto se aclara que los pagos de otros honorarios, gastos reembolsables de otros asesores, licencias y tasas municipales, el arquitecto sólo está comprometido a pagarlas de los fondos sometidos a su responsabilidad por autorización expresa de la entidad contratante, pero no está responsabilizado a controlar y estar pendiente de la oportuna contratación y pago de dichos gastos.”

128 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 13 de junio de 2002, Rad. 1395, C. P. César Hoyos Salazar.

contratante delegante. Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad, tal y como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“Según lo expresado, los dos elementos del precio en el contrato de Administración delegada son: El costo de las obras y los honorarios del contratista. Ambos factores, que son asumidos por la entidad contratante, constituyen el valor del contrato. Así se expresó esta Sala en otra oportunidad<sup>129</sup>:

“El total de las obligaciones que en cuanto al valor adquiere la Administración es la suma de los factores honorarios y costos de las obras. Lo único que varía en el contrato de Administración delegada es la forma de pago al contratista (...). Este monto es el que desembolsa y paga la Administración y por ello en el contrato habrá de especificarse en forma clara el valor del mismo integrado por los honorarios del contratista y el costo de las obras. En el contrato de Administración delegada el costo de las pólizas de seguros, tendientes a garantizar las obligaciones del contratista, no forma parte integrante del valor del contrato; y este valor, como queda dicho, representa el total de las obligaciones de la entidad pública.

“(....) Por otra parte, el mismo Decreto establece que el administrador delegado toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra; que maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones; que serán de cuenta del administrador delegado los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione el incumplimiento del contrato; y que tendrá la obligación de pagar con los fondos del contrato el valor de los salarios y prestaciones a que hubiere lugar. Toda esa gama de obligaciones contractuales que están a cargo del contratista, deben ser garantizados por él, con su

---

129 Consulta de fecha 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera.

propio peculio, sin que posteriormente la Administración esté obligada al reembolso de los gastos efectuados por dicho concepto.<sup>130</sup> (subrayas fuera del texto)

El contratista ejecuta, entonces, el objeto convenido por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra, de suerte que se convierte en un delegado o representante de aquélla, a cambio de un *honorario* que se acuerda en el contrato ya como una suma fija, ora como un porcentaje del presupuesto de la obra<sup>131</sup>. Se trata pues, como advierte Sayagués Laso<sup>132</sup>, de una modalidad del precio del contrato. De modo que el contrato de obra pública ejecutado por el sistema de administración delegada impone, en aras del principio de transparencia que debe orientar la contratación pública (art. 24 de la ley 80), meridana claridad en la aplicación de los dineros y bienes oficiales a los trabajos cuyo desarrollo se ha encomendado al contratista, como delegado o intermediario de la entidad contratante, en tanto que por virtud de esta modalidad contractual a él se encomienda la ejecución por encargo oficial del gasto público destinado a la obra. Así lo puso de relieve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al advertir:

“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista.

130 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 26 de octubre de 1988, Rad. 229, C. P. Javier Henao Hidrón.

131 “La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas. Ambos son contratos administrativos, regidos por el derecho público.”: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 5 de mayo de 1999, Rad. 1190, C. P. Javier Henao Hidrón.

132 SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1974, p. 108 y ss.

Se comprende entonces que corresponda a la entidad contratante suministrar los fondos necesarios para el cumplimiento de las funciones u obligaciones del contratista; fondos que el administrador delegado manejará bajo su propia responsabilidad, con la obligación de rendir cuentas a la entidad respectiva y a la Contraloría General de la República. Adicionalmente, también se podrán suministrar al contratista equipos y elementos de propiedad de la entidad contratante.

En materia laboral, el contratista deberá manifestar a los trabajadores su condición de intermediario, pues de lo contrario responderá solidariamente con la entidad contratante por el pago de las obligaciones respectivas.

Con la vigencia de la ley 80 de 1993 o nuevo estatuto de contratación de la administración pública, el contrato de administración delegada ha quedado sujeto a los principios generales sobre autonomía de la voluntad, al cumplimiento de los fines estatales y a las normas que se derivan de su artículo 40, en concordancia con los artículos 2º, 3º, 11, 13, 14, 24, 32, 39 y 41 *ibídem*; de utilizarse para la explotación de recursos naturales no renovables, deberá someterse a la ley que determine las condiciones para adelantar dicha explotación. Si asume las características de contrato interadministrativo, rige el procedimiento de la contratación directa (art. 24, numeral 10., letra c.).<sup>133</sup> (se destaca)

En tal virtud, el sistema de administración delegada constituye una de las formas o modalidades de pago del contrato de obra pública, en la que la remuneración del administrador delegado, que se denomina *honorarios*, puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo, con base en el presupuesto oficial de la obra y por lo mismo, la diligencia debe ser mayor al momento de seleccionar al contratista, en cuanto este último se encarga *-por cuenta y riesgo* de la administración- de la ejecución de la obra y *toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la misma*<sup>134</sup>. Adicionalmente, el valor del contrato corresponde al valor de los honorarios del administrador delegado,

---

133 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 7 febrero de 1997, Rad. 934, C. P. Javier Henao Hidrón.

134 En el mismo sentido ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de junio de 2001, Rad. 25000-23-26-000-1991-7672-01(13793), Actor: Sociedad Sadeico S.A., Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

en los cuales quedan comprendidos además de la remuneración del trabajo desplegado por el administrador delegado, el valor de los gastos en que éste incurra para ejecutar ese trabajo y que son diferentes a aquellos propios de la ejecución de la obra cuya administración se le encomendó, los cuales, como ya se anotó, son pagados con cargo al presupuesto de la obra, esto es, a aquel destinado por la entidad contratante a la ejecución de la obra.

### Contrato estatal. Alcance de la expresión “defensa y seguridad nacional”



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 29/08/2012

Radicado: 11001-03-26-000-2004-00007-00 (26776)

Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 30/01/1997

Radicado: 938

Ponente: Javier Henao Hidrón

Frente al segundo cargo propuesto en la demanda, es necesario recordar que la Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto General de Contratación de la administración pública, previó en el numeral 1º del artículo 24, como regla general de procedimiento de contratación por parte de las entidades estatales, la licitación pública o el concurso, que definió en el párrafo del artículo 30.

Sin embargo, el mismo numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 fijó excepciones a esta regla y determinó los diversos casos en los cuales se puede efectuar la contratación directa, entre los que se encuentra la contratación de **“bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”** Ahora bien, en cuanto al alcance de la expresión **“defensa y seguridad nacional”** en materia de contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto No. 938 de enero 30 de 1997, señaló:

**“II. Los conceptos de seguridad y defensa nacional.** El ramo de seguridad, perteneciente a la administración pública, comprende las actividades que velan por la seguridad de los habitantes del territorio del Estado. Su finalidad es detectar las amenazas que puedan perturbar el orden público, afectar

intereses nacionales o desestabilizar las instituciones políticas vigentes. Por tanto, tiene un carácter eminentemente preventivo. A su servicio se encuentran la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

(...) La Constitución Política de 1991 se refiere a la seguridad del Estado como una de las causales que, conjuntamente con la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana, puede dar lugar a la perturbación grave del orden público y consiguiente declaración por el gobierno nacional del Estado de Comoción Interior, cuando se atente de manera inminente contra ella y el ataque no pueda ser conjurado mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (art. 213). De manera similar emplea la expresión seguridad nacional en su artículo 350, para disponer que en el Presupuesto estatal (Ley de Apropiedades) el componente denominado gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, excepto “en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional”.

En cuanto a la defensa nacional, está constituida por el conjunto de acciones que realiza el Estado para defender su territorio y sus legítimas instituciones. Implica una labor esencialmente de protección. La Carta Política preceptúa que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (art. 217, inciso primero).

(...) De manera que, aunque disímiles, los conceptos de seguridad y de defensa nacional se complementan para el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como que ambos conforman sectores de la administración pública íntimamente relacionados. Al sector seguridad corresponde “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, mientras que al sector defensa compete “defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial”, para utilizar expresiones que pertenecen a la terminología empleada por el artículo 2º de la Constitución. Por lo demás, la primera noción implica un campo de acción de naturaleza preventivo, encomendado a instituciones y cuerpos de naturaleza civil; la segunda requiere de medidas de protección e inclusive acciones de carácter bélico, para lo cual se han organizado instituciones y cuerpos de naturaleza militar”.

## Contratos celebrados por sector asegurador de carácter estatal. Jurisdicción competente

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 28/04/2005 Radicado: 25000-23-24-000-2000-00755-01 Ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 29/05/2003 Radicado: 1488 Ponente: Susana Montes de Echeverri
Otras sentencias que citan el mismo concepto 25000-23-26-000-1998-02130-01(28878); 50001-23-31-000-2000-0360-01 (24764)	

La Sección Tercera de esta Corporación, en auto de 10 de junio de 2004<sup>135</sup>, precisó los alcances de esa norma (artículo 32, parágrafo 1º, de la Ley 80 de 1993) a partir de la distinción de tres situaciones, así:

**Primera: contrato celebrado entre una entidad financiera o aseguradora de carácter público y un particular.** En este evento, la entidad, a pesar de ser de naturaleza pública, por expresa disposición del estatuto de contratación estatal, parágrafo 1 del art. 32 de la ley 80 de 1993, aquellos contratos que correspondan “al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, no son estatales y en consecuencia, la jurisdicción ordinaria conoce tanto de los procesos declarativos como los ejecutivos derivados de esos contratos. Por esta razón, se considera que este evento es igual a aquél en el que ambas partes son de naturaleza privada (sic).

**Segunda: cuando el contrato es suscrito entre una entidad pública del sector financiero o asegurador y otra entidad estatal.** En este caso, a pesar de que, en principio, el contrato no se considera estatal por haber sido suscrito por una de las entidades del sistema financiero excluida del régimen de contratación de la ley 80 de 1993, el contrato adquiere tal naturaleza pero por haber sido celebrado con una “entidad estatal”, es decir, la naturaleza de contrato del Estado está determinada

135 Auto de 10 de junio de 2004, Sección Tercera, consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, expediente núm. 24764.

no por la entidad pública del sector financiero, sino por aquella entidad estatal que contrata con la primera, a la que le es aplicable el régimen de contratación de la ley 80.

Por este motivo, la jurisdicción contenciosa administrativa será la competente para conocer de los procesos declarativos o ejecutivos que se deriven de esos contratos, de acuerdo con el art. 75 de la ley 80 de 1993. Sobre ese aspecto la sala sostuvo: *“Sin embargo, el régimen de excepción [parágrafo 1 del art. 32] así establecido no está excluyendo la atribución a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias contractuales que se deriven de los contratos celebrados en desarrollo de dichas actividades cuando el contratante sea también una entidad estatal de aquellas que están sujetas a dicho estatuto, caso en el cual la atribución de competencia prevista en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se mantiene, en razón de la naturaleza que adquiere el respectivo contrato. En otros términos, si el contrato al cual se refiere la figura exceptiva del parágrafo del artículo 32, lo celebra un establecimiento de crédito, compañía de seguros u otra entidad financiera, siendo ella de carácter estatal, con un particular, la regulación y la jurisdicción escapan a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Pero si el contrato es celebrado, no con un particular, sino con otra entidad estatal, como ocurre en este caso en que el contratista es el municipio de Buenaventura, es claro que los preceptos de dicha Ley, al menos en cuanto a la jurisdicción se refiere, no se ponen en duda”*<sup>136</sup>. En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó que

“en principio, la jurisdicción competente para conocer de los contratos que celebren las entidades financieras y del sector asegurador de carácter estatal dentro del giro ordinario de las actividades propias de este tipo de entidades, entendiendo por tales, aquellos que correspondan a las funciones y operaciones señaladas en el E.O.S.F. y los contratos conexos directamente con aquellas, será la jurisdicción ordinaria, salvo que dicho contrato se celebre con otra entidad estatal que se rija en su integridad por la ley 80 de 1993”<sup>137</sup>.

**Tercera: contratos celebrados entre una entidad financiera o aseguradora privada y una entidad estatal.** Este evento es semejante al anterior, toda vez que a pesar de tratarse de una entidad del sistema financiero sujeta a las disposiciones del

---

<sup>136</sup> Auto del 7 de marzo de 2002, Exp. No. 19057, posición que fue reiterada en auto del 5 de noviembre de 2003, Exp. No. 24706.

<sup>137</sup> Concepto del 29 de mayo de 2003, Radicación No. 1488.

régimen privado, es decir, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio, el hecho de que la otra parte del contrato sea una “entidad estatal” de aquellas contempladas en el art. 2 de la ley 80 de 1993, le otorga la categoría de estatal al contrato celebrado; en consecuencia, le es aplicable el régimen de contratación estatal y por consiguiente, las normas de competencia establecidas por el art. 75, es decir, la jurisdicción competente para conocer de los procesos declarativos y ejecutivos derivados de esos contratos es la contenciosa administrativa.”

De esa posición jurisprudencial se deduce, entonces, que los contratos propios de la actividad crediticia o financiera que realice una entidad crediticia o financiera estatal con un particular son los únicos que se excluyen de la Ley 80 de 1993, es decir, que no tienen carácter de contrato estatal, mientras que los celebrados por cualquier entidad crediticia o financiera, sea pública o privada, con una entidad estatal que se rija por el derecho público están cobijados por esa ley y tienen carácter de contrato estatal, de modo que el carácter de contrato estatal se hace determinar por el criterio orgánico en lo que hace al cuenta corrientista.

### *Contratos celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado. Régimen jurídico aplicable*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 15/07/2015

Radicado: 76001-23-31-000-2001-01009-01 (31683)A

Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 29/05/2003

Radicado: 1488

Ponente: Susana Montes de Echeverri

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-31-000-2006-00131-01(37726)

Armonizando las disposiciones de la ley 80 con el artículo 93 de la ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas

industriales y comerciales del Estado se adoptarán tales disposiciones, esto es, las normas especiales, pero en lo no exceptuado, tales contratos se registrarán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual<sup>138</sup>.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación el siguiente concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Lo anterior nos sirve de fundamento para interpretar y precisar el alcance de los artículos 85, 93 y 97 de la ley 489 de 1.998, en armonía con el Estatuto General de Contratación Estatal al cual remite el artículo 93, y en especial con el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 de la ley 80 de 1.993, norma específica que regula los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. (...)

“El segundo artículo parece hacer una distinción entre ‘actividad’ y ‘objeto’, para señalar que los **actos** que expidan las empresas industriales y comerciales para desarrollar su **actividad industrial o comercial o de gestión económica**, se sujetarán al derecho privado, mientras **los contratos** que celebre para el cumplimiento de **su objeto** se sujetarán al estatuto general de contratación de las entidades públicas.

“Sin embargo, cuando se revisa la disposición del estatuto de contratación relacionada con la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta a las que es aplicable, se encuentra que ésta hace relación nuevamente a las actividades comerciales e industriales propias de tales entidades, por lo cual es preciso concluir (sic), que cuando la ley 489 de 1.998 hace referencia a ‘la actividad’ o ‘al objeto’, (sic) se está refiriendo a un mismo concepto y, por consiguiente, debe aceptarse que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta (con participación de capital estatal mayoritario –más del 50% - art.2º L.80) tienen el mismo régimen para sus actos y contratos.

“La redacción del citado artículo 93 y la específica remisión al estatuto de contratación, (sic) no implican que tales contratos deban registrarse por las normas generales de la ley 80/93; lo que en ella se dice es que en esa materia

---

138 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639), M.P: Miryam Guerrero de Escobar.

contractual ha de acudirse a lo que en el estatuto se prevé respecto de la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y para las sociedades de economía mixta, esto es, a las normas especiales en él contempladas, específicamente en el artículo 24, numeral 1º, literal m)...

"... El estatuto general de contratación partiendo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, tiene como finalidad la satisfacción directa o indirecta del interés público o las necesidades colectivas, con un criterio de universalidad pretendió establecer un marco normativo general para la actividad estatal en materia de contratación pública.

"En concordancia con lo anterior, el artículo 2º de la misma, al establecer su ámbito de aplicación, señaló las entidades estatales sujetas al mismo.

"...

"No obstante esta tendencia unificadora de la ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, señaló, **por vía de excepción, algunos regímenes especiales en razón al tipo de entidades o la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan**, campo de excepciones que fue ampliado posteriormente por otras leyes como las 142 y 143 de 1994.

"Y ello porque la participación activa del Estado en el sector financiero, industrial y comercial, (sic) ha exigido que el legislador Colombiano (sic) señale un régimen contractual especial aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal, con miras a garantizar la agilidad y eficiencia de sus operaciones y por ende su competitividad frente al sector privado. Lo anterior, sin perjuicio del carácter público que estas ostentan.

"... Con base en el análisis de las objeciones formuladas por el ejecutivo, el legislador extendió a todas las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, las mismas previsiones que se habían contemplado desde el proyecto inicial para las entidades del sector de telecomunicaciones (arts. 33 a 38) y las del sector bancario y asegurador (párrafo 1º art 32), por lo cual incluyó el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 en la ley 80 de 1993.

“... De lo expuesto debe concluirse que, con base en las observaciones efectuadas por el gobierno al proyecto de ley de contratación de las entidades estatales, el legislador (sic) aunque no modificó el texto original del párrafo 1º del artículo 32 aplicable a las **empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta bancarias estatales**, sí incluyó una norma general en el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24, **aplicable a la totalidad de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta**, cualquiera sea la actividad industrial o comercial por ellas desarrollada.

“En otros términos, hechas por el legislador las precisiones correspondientes en el proyecto y como producto de la necesidad de contar con normas y procedimientos que correspondan a la naturaleza de las actividades industriales y comerciales de las diferentes entidades estatales que les permita ser eficientes y competitivas en el mercado, la ley 80 de 1993 dispuso:

“... a) La aplicación de un sistema distinto al de la licitación o concurso, esto es, el de contratación directa, para la selección del contratista en los contratos de las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta que tengan una relación directa con sus propias actividades industriales y comerciales, previstas en el acto de creación.

“... Tanto en el párrafo 1º del artículo 32 como en el literal m) del numeral 1º (sic) del artículo 24 de la ley, se especificó que la excepción en ellos consagrada se aplicaría respecto de los contratos que **‘corresponden al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social’** (artículo 32, párrafo 1º) y a los contratos **‘que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales’** propias de tales entidades (artículo 24, numeral 1º, literal m).

De otra parte, el citado literal m) (sic) además, precisó que la celebración por las empresas y sociedades a que se refiere la norma, de los contratos enumerados en el artículo 32 de la ley 80 se haría, de todas formas, por licitación o concurso públicos<sup>139</sup><sup>140</sup> (negrillas del original).

---

139 Nota del original: “El citado artículo menciona los siguientes contratos: de obra; (sic) de consultoría; (sic) de prestación de servicios; (sic) encargos fiduciarios y fiducia pública”.

140 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de mayo de 2003, radicación 1488, M.P.: Susana Montes de Echeverry, reiterado en el concepto de 20 de noviembre de 2003, Radicación No. 1537.

## Contratos celebrados por cuerpos especializados de policía urbana de tránsito



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 22/07/2014

Radicado: 17001-23-31-000-2007-00293-01(1856-12)

Ponente: Gerardo Arenas Monsalve



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 21/09/2011

Radicado: 2034

Ponente: Augusto Hernández Becerra

En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en concepto No. 2034 de 21 de septiembre de 2011, Expediente: 11001-03-06-000-2010-00097-00, precisó lo siguiente:

### **“Celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito.**

El párrafo 4° del artículo 7° de la ley 769 de 2002 permite a los organismos de tránsito de los distritos, municipios y departamentos celebrar convenios o contratos con la Dirección General de la Policía Nacional para que esta preste en dichas entidades territoriales los servicios de policía de tránsito y transporte, en los siguientes términos:

“Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito mediante contrato especial pagado por los distritos, municipios y departamentos y celebrado con la Dirección General de la Policía. Estos contratos podrán ser temporales o permanentes, con la facultad para la policía de cambiar a sus integrantes por las causales establecidas en el reglamento interno de la institución policial.”

De otra parte el artículo 4° de la ley 1310 de 2009, posibilita a los municipios la celebración de los expresados convenios “con otros municipios”, así:

“Cada organismo de tránsito contará con un solo cuerpo especializado de agentes de tránsito y transporte, que actuará únicamente en su respectiva jurisdicción (o bajo convenios con otros municipios), los cuales por su rango de autoridad y tener funciones de policía judicial no podrán ser objeto de delegación o contratar con particulares.”

## Convenios interadministrativos. Principio de cooperación entre entidades públicas



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 07/10/2009

Radicado: 25000-23-24-000-2000-00754-01 (35476)

Ponente: Enrique Gil Botero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 30/04/2008

Radicado: 1881

Ponente: Enrique José Arboleda

Para la doctrina existe claridad en la ubicación de los convenios interadministrativos dentro de la actividad negocial de la Administración. Si bien es cierto, que constituye una especie distinta del contrato, coincide con éste en que las manifestaciones de voluntades comprometen situaciones subjetivas, generan el cumplimiento de obligaciones en cabeza de cada una de las partes. La diferencia radica en que los intereses en juego no son contrapuestos sino coincidentes entre sí y con el interés general. La participación de dos entidades que tengan capacidad de contratación de acuerdo con la Ley 80 constituye un presupuesto ineludible de la definición de convenio interadministrativo, su objeto es la implementación de modos de gestionar la actividad pública, en algunas oportunidades ejercer funciones administrativas sin que ello conlleve una delegación de las mismas.<sup>141</sup> Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación se está ante una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a ***“la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados”***.<sup>142</sup>

141 Cfr. SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge... **Ob. Cit.** Sostiene esta hipótesis también, Pino Ricci para quien el convenio interadministrativo debe comprenderse dentro del concepto de contrato, ello significa que se trata de un acto creador de obligaciones que pueden contener o no intereses contrapuestos. Los convenios obedecerían al último supuesto, al pretenderse con esto el cumplimiento de deberes de orden legal. PINO RICCI, Jorge. Los Convenios Interadministrativos. En: Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2001. Pág.656.

142 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 30 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1881.

Los convenios constituyen formas concretas de colaboración interadministrativa en el cumplimiento de fines y cometidos estatales; esta colaboración puede revestir dos maneras distintas: la asunción conjunta de funciones administrativas a través de la creación de un nuevo ente u organismo administrativo generalmente dotado de personalidad jurídica o en otros casos puede realizarse mediante la celebración de contratos, evento en el cual la actividad aunque concurrente sigue permaneciendo en la esfera competencial de cada una de las administraciones comprometidas.<sup>143</sup> Estas dos posibilidades se consagran en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

... Del inciso primero del artículo 95 de la ley 489 de 1998 se desprenden los elementos que conforman la institución de los convenios administrativos: en primer lugar, los sujetos llamados a celebrarlos deben tener la condición de entidades públicas, y; en segundo lugar, su objeto es el desarrollo conjunto de cualquier tipo de actividad que pueda interesar a dos o más administraciones, no obstante, es necesario precisar que si se trata del ejercicio de potestades estas deben ser de carácter discrecional, es decir, el ordenamiento jurídico debe posibilitar la elección entre varias alternativas. Si se refiere a potestades regladas, no es posible el convenir las condiciones en que estas pueden adelantarse.<sup>144</sup>

Sin entrar a pronunciarse sobre el alcance del artículo 11 literal c de la Ley 105 de 1993, y sólo a efectos de desentrañar la naturaleza jurídica del convenio interadministrativo demandado, la sala constata que, en efecto, el legislador otorga al Distrito y a los municipios contiguos la organización del transporte de pasajeros y deja al común acuerdo de éstos, la adjudicación de rutas y su frecuencia. En consecuencia, las posibilidades de actuación son variadas y corresponde entonces a las autoridades respectivas decidir el cómo se organizará el servicio que les ha sido confiado; parte de dicha organización comprende el ejercicio de la potestad reglamentaria.

---

143 Respecto de las relaciones interadministrativas tanto orgánicas como no orgánicas se puede consultar: RIVERO YSERN, Enrique. *“Las Relaciones Interadministrativas”*. En: Revista de Administración Pública No. 80. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1976.

144 Este aspecto ha sido señalado por la doctrina. Cfr. ALMEIDA CERREDA, Marcos. *“Los Convenios Interadministrativos en el Derecho Italiano”*. En: Revista de Administración Pública No. 163. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004. Algún sector de la doctrina entiende que la figura de los convenios interadministrativos desarrollada en el artículo 95 de la ley 489 es independiente de la institución regulada en la ley de contratación estatal. Ver: MATAALLANA CAMACHO, Ernesto, Manual de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Se trata entonces, de relaciones de paridad<sup>145</sup> entre diferentes entidades de carácter administrativo, cuyas competencias recaen sobre la misma materia lo que ocasiona su constante interacción. La forma de actuación conjunta se da mediante convenios interadministrativos, los cuales son un desarrollo directo de los principios de colaboración y coordinación consagrados constitucional y legalmente.

### Convenios interadministrativos y empréstitos externos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 17/10/2012

Radicado: 73001-23-31-000-2000-01292-01 (22220)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 30/04/2008

Radicado: 1881

Ponente: Enrique José Arboleda

Fecha: 29/01/1993

Radicado: 491

Ponente: Jaime Betancur Cuartas

De acuerdo con la norma legal transcrita (numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993), para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados:

- i)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias;
- ii)** contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas;
- iii)** contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y
- iv)** todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

145 La Sala de Consulta de Servicio Civil ha entendido que en virtud del principio de coordinación y mediante la utilización de convenios interadministrativos, la ley y la constitución permiten que las entidades administrativas puedan relacionarse en términos de igualdad. Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 5 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad: 1877.

... **iii) Contratos estatales en los cuales se prescinde totalmente de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.** Tal como ya se indicó, componen este grupo los siguientes contratos: **a)** todos los que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; **b)** los contratos interadministrativos<sup>146</sup>; **c)** los contratos de empréstito<sup>147</sup>; **d)** los contratos de donación; **e)** los contratos de arrendamiento; **f)** los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las incluidas en el grupo de contratos con cláusula obligatoria; **g)** los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y **h)** los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

Si bien en relación con estos contratos no existe, en principio, colisión alguna entre la inclusión en los contratos estatales y el consiguiente ejercicio de prerrogativas excepcionales por un lado y por el otro la opción de convenir contractualmente la facultad de terminación unilateral del vínculo, de todas maneras su inclusión y ejercicio deberán consultar, en cada caso, los alcances del respectivo contrato; las finalidades que se busca satisfacer con su celebración y ejecución, así como la aplicación, que siempre tendrá lugar, de los Principios Constitucionales que deben orientar y a los que se encuentra sometida toda la actividad del Estado, incluida, claro está, la función administrativa que comprende las actividades de naturaleza contractual.

---

146 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 30 de abril de 2008, Rad. 1881, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo: "Es de la esencia del contrato o convenio interadministrativo, que cada una de las entidades partes contratantes realice los cometidos estatales a su cargo, pues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios."

147 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 29 de enero de 1993, Rad. 491, C.P. Jaime Betancur Cuartas: "Los empréstitos externos, como recursos públicos del estado, tiene por objeto la inversión pública, especialmente destinada a la realización de obras de infraestructura económica y social tales como la electrificación, la educación, la salud. Excepcionalmente los empréstitos externos se utilizan para gastos de funcionamiento porque estos solo retribuyen bienes de consumo y servicios personales prestados, mientras que los de inversión retribuyen bienes de capital que incrementan el patrimonio fiscal."

## *Empresas industriales y comerciales del Estado. Régimen contractual especial*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 23/09/2009

Radicado: 25000-23-26-000-2001-01219-01 (24639)

Ponente: Myriam Guerrero de Escobar



### Concepto citado

Concepto citado:

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 29/05/2003

Radicado: 1488

Ponente: Susana Montes de Echeverri

La Ley 80 de 1993, estableció para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta un procedimiento de selección especial, más ágil y expedito como lo es el de la contratación directa, cuando requiriera celebrar determinada clase de contratos. Adicionalmente, el legislador se ocupó de establecer, en determinados casos, regímenes especiales a los cuales se encuentran sometidas las empresas industriales y comerciales del Estado como ocurre con aquellas dedicadas a la prestación los servicios públicos domiciliarios las cuales se regulan por lo dispuesto en la Ley 142 de 1998, o cuando celebran contratos cuyo objeto es la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, según lo prescrito por la Ley 143 de 1994, o también para aquellos contratos que suscriben para desarrollar actividades de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley 80 de 1993. Sobre el particular resulta pertinente traer a colación, el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en atención a la solicitud formulada por el Director del Departamento Nacional de Planeación, cuyos apartes más significativos se transcriben a continuación:

“El estatuto general de contratación partiendo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, tiene como finalidad la satisfacción directa o indirecta del interés público o las necesidades colectivas, con un criterio de universalidad pretendió establecer un marco normativo general para la actividad estatal en materia de contratación pública. En concordancia con lo anterior, el artículo 2º de la misma, al establecer su ámbito de aplicación, señaló las entidades estatales sujetas al mismo.

No obstante esta tendencia unificadora de la ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, señaló, **por vía de excepción, algunos regímenes especiales en razón al tipo de entidades o la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan**, campo de excepciones que fue ampliado posteriormente por otras leyes como las 142 y 143 de 1994. Y ello porque la participación activa del Estado en el sector financiero, industrial y comercial, ha exigido que el legislador Colombiano señale un régimen contractual especial aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal, con miras a garantizar la agilidad y eficiencia de sus operaciones y por ende su competitividad frente al sector privado. Lo anterior, sin perjuicio del carácter público que estas ostentan.

(...) En el artículo 76, la ley reguló el régimen aplicable a la contratación de las entidades estatales (empresas y sociedades) dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, indicando que ellas se regirían por las leyes especiales sobre la materia. Es decir, tomando en consideración la naturaleza de su actividad, les dio un régimen distinto del general establecido en la ley 80 para las entidades estatales.

De lo expuesto debe concluirse que, con base en las observaciones efectuadas por el gobierno al proyecto de ley de contratación de las entidades estatales, el legislador aunque no modificó el texto original del párrafo 1º del artículo 32 aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta bancarias estatales, sí incluyó una norma general en el literal m) del numeral 1º del artículo 24, aplicable a la totalidad de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, cualquiera sea la actividad industrial o comercial por ellas desarrollada.<sup>148</sup>

---

148 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 29 de mayo de 2003, Radicación No. 1488, reiterado en el concepto de 20 de noviembre de 2003, Radicación No. 1537.

## *Inconstitucionalidad. Norma inicialmente calificada de inconstitucional por la Sala de Consulta.*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 20/05/2004  
Radicado: 11001-03-26-000-1997-2932-01 (12932)  
Ponente: Ramiro Saavedra Becerra



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 04/03/1994  
Radicado: 587  
Ponente: Humberto Mora Osejo

**El ejercicio del poder reglamentario por fuera de los 6 meses previstos en la ley 80 de 1993.** Afirma el actor que el Gobierno Nacional violó el artículo 150, ordinal 10 de la Constitución Política y el parágrafo 2 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 cuando expidió el decreto 1448 de 1995 por fuera del término de 6 meses previsto en la ley 80 y cuando ya la potestad se había agotado con la expedición del decreto 855 de 1994. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, aunque con diversos argumentos, son coincidentes en señalar que ese término de 6 meses no condiciona ni limita el ejercicio de un poder que no deriva de la ley sino de la propia constitución.

En efecto, la Sala en sentencia 18 de noviembre de 1999, expediente 10.158, consideró que el decreto reglamentario No. 1584 de 1994 resultaba ajustado a derecho aunque se hubiera expedido por fuera del término previsto en el artículo 79 de la ley 80 de 1993; afirmó que en estos eventos podía entenderse “o bien que el legislador ha desbordado sus facultades o bien que el término referido no es preclusivo sino impulsorio y por lo tanto, no revela más que el interés del legislador para que el ejecutivo ejerza a la mayor brevedad su función con el objeto de hacer aplicable la ley en forma inmediata” luego de lo cual concluyó que en el caso objeto de análisis ese término no era más que referente. Posteriormente al estudiar la legalidad de algunas disposiciones del decreto 855 de 1994, la Sala<sup>149</sup> inaplicó el término de 6 meses contenido en el

149 Sentencia 9840 del 22 de marzo de 2001.

parágrafo del artículo 24 de la ley 80, al considerarlo inconstitucional<sup>150</sup> con referencia a consideraciones de la Corte Constitucional.

### *Inexequibilidad. Efectos de su declaratoria*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 05/08/1994  
Radicado: CE-SEC3-EXP1994-N7145  
Ponente: Juan de Dios Montes Hernández



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 09/12/1986  
Radicado: 078  
Ponente: Gonzalo Suárez Castañeda

Desarrollando este precepto legal, el Presidente de la República, quien al parecer se sintió investido de facultades extraordinarias, expidió el Decreto No. 666 de 1985, “por el cual se dicta la reglamentación para la prestación del servicio de televisión por suscripción”. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 18 de septiembre de 1986, declaró inexequible el texto de la Ley 42.

Inexequible la norma legal, es obvio que el Decreto 666 que encontraba en ella fundamento de validez, también resulta inexequible; así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 9 de diciembre de 1986, en el cual, luego de hacer el estudio relativo a los efectos de la inexequibilidad, concluye:

150 La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto del 4 de marzo de 1994, había manifestado ya que esta norma era inconstitucional: “El artículo 24, parágrafo 2º, de la Ley 80 de 1993, prescribe que el gobierno debe expedir en el plazo de 6 meses el decreto reglamentario relativo a la contratación directa y que, si ello no ocurre, no es posible celebrar “contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de nulidad”. Sin embargo, la Sala considera que la mencionada disposición contraría la Constitución y que, en el caso específico que ocupa su atención, no debe ser aplicada porque, según el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, como una facultad discrecional que puede o no ejercer, en cualquier tiempo, según considere o no necesario expedir cualquiera de las medidas que menciona la transcrita disposición para facilitar la ejecución de una ley. En consecuencia, mal puede la ley, como el artículo 24, parágrafo 2º, de la número 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 (...)”.

“Pues bien, observa la Sala que el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 contenía dos disposiciones: la de facultar al Ministerio de Comunicaciones “para dictar normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción”, y la de “celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio”. El Presidente de la República creyendo que en la primera parte se le habían conferido unas facultades especiales profirió el Decreto número 666 de 1985, por el cual se dictó la reglamentación para la prestación del mencionado servicio. Y con base en la segunda parte y en las propias disposiciones del decreto acabado de mencionar, el Ministerio de Comunicaciones procedió a celebrar varios contratos para la prestación del servicio de televisión por suscripción, y cuando se produjo la sentencia de inexecutable, estaba adelantando los trámites tendientes a la celebración o al perfeccionamiento de otros de la misma índole.

“Para la Sala, las propias consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de inexecutable, conducen necesariamente a tener como contrario a la Constitución y por ende, sin validez, al Decreto 666 de 1985. En efecto, según la Corte la facultad dada por el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 al Ministerio de Comunicaciones para dictar “las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción” es inconstitucional pues la potestad de legislar para regular el servicio público, es privativa del legislador y de ella no puede éste desprenderse sino mediante el mecanismo de conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo establecido en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución, lo cual no se hizo en este caso.

“De modo que el Decreto 666 de 1985, dictado por el Presidente invocando facultades supuestamente contenidas en la norma declarada inconstitucional, es también inconstitucional y no tiene validez para el futuro; el mencionado decreto viene a ser afectado por la sentencia de inexecutable de la norma en la cual se fundamentaba, en virtud del elemental principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que es simplemente una norma de carácter general dictada para desarrollar la disposición inconstitucional y supeditada a ésta, y, además, por cuanto es un decreto dictado por el Jefe de Estado sin que este funcionario hubiera tenido facultad para proferirlo.

“En cuanto a los contratos suscritos por el Ministerio para la prestación del servicio de televisión por suscripción hasta cuando se dictó la sentencia de inexecutableidad, que hayan quedado completamente perfeccionados antes de proferirse dicha providencia, se tiene que ellos constituyen situaciones jurídicas consolidadas mientras las normas sobre las cuales se basaban estaban vigentes, son hechos cumplidos en aquel tiempo, creadores de obligaciones tanto para la administración como para los particulares y, por lo tanto, después de declarada la inexecutableidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985 conservan su validez y deben cumplirse, con sometimiento a las normas vigentes en el momento de su celebración. Lo mismo puede decirse de aquellos contratos que habiendo sido ya suscritos al dictarse la sentencia, se encontraban en vía de perfeccionamiento.

“Por otra parte, en aquellos casos en los cuales hubiera quedado en firme, antes de declararse la inexecutableidad, una resolución mediante la cual se otorgaba la concesión para prestar el servicio de televisión por suscripción y se ordenaba la celebración del contrato correspondiente, también se consolidó una situación jurídica individual y concreta mediante un acto administrativo perfectamente válido en aquel momento, el cual, en aplicación del principio de que la sentencia que declara la inexecutableidad no tiene efectos retroactivos, conserva su validez, obliga a la administración y se rige por las normas vigentes en el momento de su expedición; de manera que en tales casos deberá suscribirse el contrato que en la mencionada resolución se ordena celebrar; tal celebración viene a ser simplemente la ejecución de lo dispuesto en la resolución” (Anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1986, págs. 126 y 127).

Siguiendo estas directrices que corresponden a los trazos centrales que la jurisprudencia nacional había decantado en el esfuerzo de construir, por vía general, una teoría relativa a los efectos de la inexecutableidad de las leyes, asunto de la mayor trascendencia para la seguridad jurídica de los asociados, para el caso que examina la Sala se tiene que la resolución de adjudicación que favoreció a la demandante es anterior a la declaración judicial de inexecutableidad; de allí que el Ministerio de Comunicaciones continuara con los trámites del contrato de concesión.

## Inhabilidad para contratar con el Estado. Interés propio o parentesco



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 29/09/2015  
Radicado: 05001-23-31-000-1997-00663-01 (32113)  
Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 25/10/2012  
Radicado: 2113  
Ponente: William Zambrano Cetina

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación<sup>151</sup>, por su parte, en respuesta sobre la inhabilidad para contratar con el Estado, por interés propio o parentesco, destacó el carácter preventivo de la inhabilidad<sup>152</sup>, dirigida a evitar que la contratación pública se utilice para favorecer los negocios personales o familiares de los directivos de las entidades estatales, quienes podrían ejercer algún tipo de influencia directa o indirecta en las decisiones contractuales de los organismos públicos, dada la naturaleza de sus cargos, la autoridad que representan, su capacidad de influencia sobre personal subordinado y la información a la que tienen acceso. Se transcriben algunos apartes relevantes de la consulta:

“Este tipo de inhabilidades por interés propio o por parentesco están basadas, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en la inclinación natural de toda persona de favorecer sus propios intereses y solidarizarse con las personas

151 Consulta de 25 de octubre de 2012, M.P. William Zambrano Cetina.

152 Según la Corte Constitucional, las inhabilidades pueden ser de dos tipos: sancionatorias (que viene como consecuencia de una sanción) y preventivas (orientadas a la protección del interés general): “En el primer tipo están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado. En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Éstas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido sólo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente. Las inhabilidades del primer tipo constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las del segundo tipo no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar.” (Sentencia C-353 de 2009).

que forman parte de su núcleo familiar, lo cual, si bien es entendible en el ámbito privado, resulta incompatible en el gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general, la imparcialidad y la transparencia. Así, en sentencia C-429 de 1997, al declarar la exequibilidad de la inhabilidad prevista en el literal b) del mismo numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (imposibilidad de celebrar contratos estatales con el cónyuge o familiares de los servidores de nivel directivo), la Corte Constitucional señaló: “7- Para lograr esa transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. La Corte encuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular.” No se asume la mala fe ni se presume que el servidor público actuará en contra de la ley; no obstante, a partir de la realidad propia de las relaciones humanas y sociales, el legislador adopta medidas preventivas para evitar que factores distintos al interés general puedan afectar la toma de decisiones contractuales en las entidades estatales: “8. En ese orden de ideas, al tomar en consideración la influencia de

ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales (CP art. 126), está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública.”<sup>153</sup> En este mismo sentido se pronunció también la Corte Constitucional al referirse a la prohibición legal de que personas vinculadas por parentesco se presenten como oferentes distintos en una licitación (literales g y h del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993)<sup>154</sup>. Las mismas razones de lealtad y solidaridad que permiten adoptar medidas de protección al núcleo familiar, dice dicho Tribunal, legitiman la adopción de medidas legislativas dirigidas a evitar que esos vínculos legales o de parentesco faciliten la colisión y el favorecimiento en la contratación estatal:

“La posición del Legislador a este respecto no es en modo alguno peregrina. El Constituyente, por su parte, ha tomado en cuenta el anotado sentimiento de lealtad dentro de la familia y le ha otorgado el debido respeto como factor de cohesión de ese grupo humano, núcleo esencial de la sociedad. En efecto, el artículo 33 de la CP prohíbe que se obligue a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares próximos. No puede, por ello, reprocharse al Legislador que en atención al consabido sentimiento de lealtad familiar, consagre una inhabilidad con el objeto de prevenir que, sin motivo alguno digno de protección, pueda la familia a través de sus miembros perjudicar eventualmente al Estado o a terceros. A las anteriores razones que justifican la restricción legal, se suma el designio patrocinado por el mismo Constituyente (CP arts. 126, 179 - 5 y 6 y 292), de poner

---

153 Sentencia C-429 de 1997.

154 “Artículo 8. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso; h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso” (Apartes subrayados fueron derogados por la Ley 1150 de 2007).

término al fenómeno del nepotismo que lastima el primado de la igualdad de oportunidades y de acceso al servicio público en todas sus múltiples manifestaciones. Cuando en una misma licitación o concurso, intervienen varios licitantes ligados por estrechos lazos de consanguinidad o afinidad, la probabilidad de que el contrato se adjudique a un miembro de una misma familia es mayor. La ley puede y debe remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva. En Colombia el nepotismo ha obrado como rémora de la igualdad y en la causa de su eliminación está comprometida la misma Carta Política.<sup>155</sup> Ciertamente, como señala el organismo consultante, la inhabilidad por parentesco o interés propio que se analiza, reduce el número de personas habilitadas para contratar con ciertas entidades del Estado; pero la ponderación entre esa dificultad y las necesidades de transparencia e imparcialidad en la contratación pública, ya fue hecha por el legislador en la norma que se revisa, dándole mayor peso a lo segundo sobre lo primero. Por tanto, la inhabilidad en cuestión constituye un límite razonable y necesario para el ejercicio transparente de la gestión pública que, además, como ha señalado la jurisprudencia, no desconoce el derecho a la igualdad de aquéllas personas naturales y jurídicas que por virtud de dicha inhabilidad ven restringida su capacidad contractual: “12- Los anteriores argumentos son también suficientes para desestimar el cargo de la demanda, según el cual la norma acusada desconoce la igualdad, en la medida en que, según su criterio, discrimina a un grupo de personas al impedirles, de manera mecánica, trabar relaciones contractuales con el Estado. En efecto, como se mostró anteriormente, esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses

---

155 Sentencia C-415 de 1994, reiterada en Sentencia C-054 de 2001. En esta última concluyó la Corte Constitucional: “Entonces, no es dable oponer válidamente a la defensa del interés general y a los objetivos del proceso de contratación, una hipotética vulneración de los intereses familiares, invocando para el efecto el artículo 42 de la Carta Política”.

generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia. En ese orden de ideas, la Corte recuerda que la consagración constitucional del valor de la igualdad (en el Preámbulo) y del principio de la igualdad (art. 13) orientan y conducen el proceso de aplicación y creación de todo el derecho, el cual se materializa en el proceso de contratación pública en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica una diferencia. En consecuencia, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial. La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas.”<sup>156</sup>

En el concepto que se trae a colación, se destacó, además, que la intención del legislador fue precisamente evitar que las relaciones de parentesco llegaran a afectar la imparcialidad de la función pública, bien sea porque el servidor con quien se guarde el correspondiente vínculo goce del poder de decisión en la adjudicación de los contratos, o tenga influencias que puedan determinar esa decisión, o simplemente pueda condicionar en forma indirecta la contratación, circunstancias éstas que ponen en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Se puso de presente que la Ley 80 de 1993 tiene en cuenta que la influencia del servidor público directivo, asesor o ejecutivo, o del miembro de la junta o consejo directivo nace de la naturaleza misma del cargo y, por tanto, puede ejercerse por fuera de los comités o instancias contractuales, a partir de su autoridad y ascendencia sobre el personal subordinado, de la capacidad de dictar o participar en la adopción de políticas, planes y proyectos, así como por el acceso a información privilegiada. Igualmente, por la posibilidad, también privilegiada, de contactar y acceder de primera mano a los funcionarios que adoptan decisiones contractuales, así formalmente no se tome parte en ellas. Por demás, es natural que personal subordinado e incluso del mismo nivel,

---

156 Sentencia C-429 de 1997.

pueda verse inclinado a no adoptar decisiones que puedan perjudicar a sus superiores jerárquicos o colegas, así éstos se hayan separado del conocimiento de los asuntos contractuales en que ellos o sus familias tengan interés.

### Juegos de suerte y azar. Monopolio rentístico



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 12/02/14

Radicado: 25000-23-26-000-2003-01415-01(32716)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 03/02/2005

Radicado: 1622

Ponente: Gloria Duque Hernández

La Sala de Consulta y del Servicio Civil, en concepto del 3 de febrero de 2005, se refirió a la interpretación de algunas de las normas de la Ley 643 de 2001 en cuanto a las nociones de explotación y operación del juego de apuestas permanentes y al efecto indicó:

“De lo anterior se puede concluir que si bien el artículo 60. autoriza la modalidad de operación directa de los juegos de suerte y azar, por intermedio de entidades públicas, la regulación propia del juego de apuestas permanentes o chance, diferencia claramente entre la explotación y la operación, asignando la primera a las entidades territoriales y la segunda, a los particulares. Por tanto, la locución contenida en los artículos 22 y 25, en el sentido de que **‘sólo’** se puede operar el juego a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, implica que esta actividad está reservada exclusivamente a los particulares y, en consecuencia, las entidades estatales por medio de las cuales se realiza la explotación –empresas industriales y comerciales del Estado operadoras de loterías, o sociedades de capital público departamental-, no pueden variar su objeto para operar, en concurrencia con terceros, el juego del chance.”<sup>157</sup>

157 Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, 3 de febrero de 2005, Radicación No.1622, C.P. Gloria Duque Hernández.

## Intereses moratorios. Su pacto en contratos estatales

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Tercera Fecha: 09/10/2003 Radicado: 25000-23-26-000-1993-03412-01(13412) Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 03/06/1977 y 10/08/1987 Radicado: 1141 y 115 Ponentes: Augusto Trejos Jaramillo y Javier Henao Hidrón Otras sentencias que citan el mismo concepto 44001-23-31-000-1995-0503-01(13635) - 07001-23-31-000-1997-0132-01 (14292) - 68001-23-15-000-1995-07830-01(22920) - 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812) - 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003) - 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4, numeral 8º, de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales deberán adoptar las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo y la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, según el caso y, para ello, deberán utilizar los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como a los procedimientos de revisión y corrección de los mismos, y pactarán intereses moratorios. Establece la misma disposición que, “[s]in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”. (Se subraya).

Por su parte, el Decreto 222 de 1983, derogado por la citada ley, no contenía una previsión dirigida a regular la tasa de interés aplicable cuando resultara procedente castigar la mora en la que hubiera incurrido una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato. Por ello, correspondió a la jurisprudencia determinar la forma en que debía interpretarse la falta de regulación. Distintas fueron, entonces, las posiciones adoptadas. En una primera época, como lo registra la Corte Constitucional en la sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, “...se le reconocía a la Administración el privilegio de no pagar intereses de mora, amparándose en el criterio de la inexigibilidad de *lucrum cessans*...”, bien por la semejanza que se encontraba entre el fisco y los menores de edad, en el derecho regio, bien por la necesidad que

luego planteó la jurisprudencia de considerar los principios del control parlamentario del gasto público, de la especialidad de las partidas y de la inexistencia de la mora culposa por retardo en el pago.

Entre nosotros, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a finales de la década de los setenta, entendió, sin embargo, que nada impedía a las entidades estatales pactar intereses de mora. Se pronunció, al respecto, en los siguientes términos<sup>158</sup>:

“...si la ley no ha establecido para la Administración la restricción de fijar esos intereses de mora, bien puede ella hacerlo. Es un aspecto de ese campo, como se ha dicho, en el que por no existir restricciones legales, como en otros, puede moverse la administración en la celebración de sus contratos.

1. Como bien se señala en la formulación de la consulta, y la ley es clara y sobraría todo comentario pues no podría ser sino redundante, el Código de Comercio dispone en su artículo 22 que “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial” y el artículo 20 que dispone que son mercantiles para todos los efectos legales los actos y operaciones de “las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones” (ordinal 15 del mismo artículo), disposiciones que no pueden llevar sino a una conclusión: que los contratos, incluidos entre ellos los de la administración, celebrados con una empresa de este género, son actos mercantiles, y están ellos regulados por el Código de Comercio pues por disposición también de este estatuto “Los comerciantes y asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley Comercial” (artículo 1º).

Siendo esto así, rigiendo en estos casos y para estos efectos la ley comercial, los intereses de mora son los intereses fijados en el artículo 884 del Código de Comercio y la respuesta a la consulta es la de que cuando un establecimiento público celebra un contrato administrativo de obras públicas con una empresa de obras o construcciones, empresa comercial, los intereses de mora que debe pagar la entidad pública serán los pactados, si se han pactado, y en ningún caso podrán exceder los señalados en el artículo 884 del Código de Comercio”.

---

158 Concepto del 3 de junio de 1977 (Consulta No. 1.141 del 29 de marzo de 1977).

Si bien, como lo explica la Corte Constitucional en el fallo citado, “...*este privilegio fiscal de no pagar intereses de mora tuvo sus primeros reveses. con la necesaria implementación del régimen de la contratación pública, por cuanto resultaba contrario a la estructura sinalagmática que tenían y tienen los contratos estatales y, en consecuencia, violatorio de los principios consubstanciales al contrato como son los de reciprocidad o equivalencia económica y buena fe*”, luego de la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que, por no existir autorización expresa en el régimen de contratación, las entidades estatales no podían pactar intereses en los contratos administrativos, de manera que, frente al incumplimiento de aquéllas, el contratista particular estaba obligado a acudir ante las autoridades judiciales competentes, a fin de solicitar el reconocimiento de los perjuicios causados como consecuencia de la mora. Consideró, en efecto, que “...los intereses moratorios no constituyen un factor determinante de los costos, ni, estrictamente, forman parte del equilibrio financiero, tal como está regulado por el Estatuto Contractual vigente.”<sup>159</sup>

### Interventoría. Concepto



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 13/02/2013

Radicado: 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 10/08/2006

Radicado: 1767

Ponente: Luis Fernando Alvarez Jaramillo

*La función de interventor no se encuentra limitada a la simple verificación o constatación.* En virtud del contrato de interventoría la Administración Pública despliega, a través de un tercero, sus potestades de coordinación, supervisión, control y en veces hasta la dirección misma respecto de la ejecución de otro u otros contratos. Sobre este particular se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil, al sostener

<sup>159</sup> Concepto del 10 de agosto de 1987 (Consulta No.115).

que el interventor es, en cierta medida, un representante de la entidad contratante cuyas actividades van más allá de la función de verificación:

“El interventor de obras públicas tiene la representación del dueño de la obra ante el contratista y su labor es la de controlar que la obra se realice en los términos del respectivo contrato, tanto en lo que respecta a las especificaciones técnicas como en los términos contractuales, lo cual incluye el cabal cumplimiento de las normas y requisitos que la ley impone al contratista, en los distintos aspectos relacionados con su actividad (...)”<sup>160</sup>

En la misma dirección se pronunció la Corte Constitucional, según la sentencia C-037 de 2003: “(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.”

## Licitación



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 20/09/1976  
Radicado: CE-SEC3-EXP1976-N1844  
Ponente: Carlos Portacarrero Mutis



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 16/05/1967  
Radicado: CE-SC-1967-05-16  
Ponente: Alberto Hernández Mora

Reiteradamente ha expresado el Consejo de Estado, ya por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, (entre otros puede verse el concepto de 16 de mayo de 1967), ora en varias decisiones de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, que cuando se sigue el procedimiento de la licitación no juegan papel alguno ni la suerte ni la voluntad de los funcionarios administrativos, en esos casos los entes públicos deben seguir el procedimiento señalado en la ley, en sus estatutos

<sup>160</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de agosto de 2006, Ref. 1767, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

o en el pliego de condiciones y deberán adjudicar la licitación a quien de acuerdo con las pautas señaladas en esos estatutos resulte ser el mejor postor. Si se dejara discrecionalidad por parte del ente público, lógicamente se desvertebraría todo el sistema y además no podrían cumplirse los objetivos que justifican su existencia. De ahí que bien pueda decirse que discrecionalidad y licitación sean conceptos que se excluyen. En el procedimiento público de escogencia de un futuro contratista de la administración todo es reglado, los factores de escogencia son objetivos, nada queda ad libitum de la entidad pública.

### Licitación. Pliego de condiciones



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 24/04/1993

Radicado: CE-SEC3-EXP1993-N3267

Ponente: Juan de Dios Montes Hernández



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/05/1967

Radicado: CE-SC-1967-05-16

Ponente: Alberto Hernández Mora

“En el proceso administrativo para contratar por el sistema de licitación, dice el Consejo de Estado, el acuerdo de voluntades se establece con relación a la oferta o llamamiento a contratar que hace la colectividad pública y que concreta en el pliego de condiciones de la licitación. Estas condiciones - sigue diciendo el Consejo de Estado - deben señalar las obligaciones generales de las partes en contrato proyectado. El contrato que se celebre como resultado de la licitación encuentra su fuente en el pliego de cargos como suele llamarse comúnmente, el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades.

Corresponde a la administración unilateralmente, señalar en el pliego de condiciones y normas de la licitación, pero una vez establecido, y promulgado el reglamento del concurso es ley de las partes y obliga tanto a la administración como a los proponentes. Esto quiere decir que la administración tiene en adelante dentro del proceso del concurso una competencia reglada. Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro.’ (Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta de mayo 16 de 1967, Magistrado Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora).

## Licitación. Rol determinante del pliego de condiciones



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 29/03/1984  
 Radicado: CE-SEC3-EXP1984-N2418  
 Ponente: José Alejandro Bonivento Fernández



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 16/05/1967  
 Radicado: CE-SC-1967-05-16  
 Ponente: Alberto Hernández Mora

Tal como se desprende de todo pliego de condiciones, en él se incorporaron, las condiciones generales y especiales, que van desde las especificaciones hasta la forma de pago, pasando por los requisitos de los proponentes, entrega de las propuestas, eliminación, y evaluación y de las propuestas, documentos previos, adjudicación, legalización del contrato: esto es, todo el proceso atinente a la presentación de la propuesta, con el fin, posterior, de la adjudicación. Entonces, el pliego de cargos es, como lo ha reconocido la doctrina del Consejo de Estado, “el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades”. (Fallo de 16 de mayo de 1967, Sala de Consulta y Servicio Civil). De tal manera, que no solamente el pliego de condiciones contiene pautas o criterios para la adjudicación, sino que, también, se erige como la fuente del contrato que se ha convocado a celebrar, es un desarrollo del proceso negocia], sobre bases predeterminadas.

Cuando la universidad demandada exhibió el pliego de condiciones, desde ese momento, emitió su voluntad, orientada, como es pertinente, a la adquisición de los bienes allí mencionados. Del mismo modo, los terceros que, acogidos a esa convocatoria, se presentaron a proponer, también, reflejaron el propósito volitivo de vincularse, si su propuesta era aceptada, a la realización del negocio, dentro del ámbito o proceso, indicado en el pliego.

## Licitación. Tercer canal de televisión



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 11/07/2007

Radicado: 11001-03-26-000-2012-00087-00 (45791)

Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 05/10/2009

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

Ponente: William Zambrano Cetina

El 22 de abril de 2009, la CNTV publicó un proyecto de pliego de condiciones de la licitación para operar y explotar un tercer canal de televisión privada de cobertura nacional, al cual los interesados y terceros formularon observaciones que fueron debidamente estudiadas y respondidas. Con motivo de las observaciones y los comentarios de la Procuraduría General de la Nación sobre el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el 27 de agosto de 2009 la Ministra de Tecnologías de la Información y de Telecomunicaciones, sustentada en lo dispuesto en los artículos 98 numeral 1 del Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente en 2009) y 115 de la Constitución Política, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *“su concepto sobre la inhabilidad de los actuales concesionarios de licencias de televisión para participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión privada, así como sobre la necesidad de que tal adjudicación sea hecha por subasta”*. El 5 de octubre de 2009 se resolvió la consulta y en el texto de la misma se da cuenta de varios documentos que la Procuraduría General de la Nación y el apoderado de los canales nacionales de operación privada RCN Televisión S. A. y CARACOL Televisión S. A. enviaron directamente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

(...) El Tribunal observa que la Ley 1341 de 2009 fue expedida con fecha 30 de julio de 2009 y promulgada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009, esto es noventa y nueve (99) días después de publicado el proyecto de pliego de la licitación. La respuesta del Consejo de Estado, en relación con esta ley, solo precisó:

“La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudirse a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la

Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995<sup>161</sup>.

### Licitación. Prohibición de discrecionalidad



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 04/10/1990  
Radicado: CE-SEC3-EXP1990-N5984  
Ponente: Julio César Uribe Acosta



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 25/09/1985  
Radicado: 2258  
Ponente: William Zambrano Cetina

A la realidad anterior debe agregarse la circunstancia particular del caso de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al desatar el recurso de reposición que se interpuso contra el acto calendario el día 8 de julio de 1985, abundó en razones de alcance jurídico para sostener la decisión impugnada. En lo sustancial de este proveído, se discurre dentro del siguiente universo:

...En concepto reciente de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, se dijo algo que ha venido reiterándose por la Jurisprudencia, refiriéndose a la contratación administrativa: *“Discrecionalidad y Licitación son conceptos que se excluyen; si así no fuera se desvertebraría todo el sistema y no podrían cumplirse los objetivos que justifican su existencia”*. En síntesis, que la contratación previa licitación y adjudicación no es el ejercicio de competencia discrecional sino reglada y tanto la administración, la parte Fiscal y el Tribunal deben ceñirse a los ordenamientos legales. El mismo concepto llega a la conclusión de que una simple irregularidad como es la de que las publicaciones de avisos licitatorios sin el intervalo de cinco días señalado por el D. L. 222 de 1.983 constituye causal de nulidad absoluta del contrato por violación de normas de orden público. Y agrega que suscribir o aprobar un contrato con tal vicio puede ser constitutivo de responsabilidad personal de los funcionarios que los instrumenten (Septiembre 24 de 1.985, radicación 2258).

161 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No 1966 de octubre 5 de 2009. Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00.

“Si cualquier autoridad que interviene en la aprobación o revisión de un contrato, observa un vicio o ilegalidad no subsanable, no podrán en esta circunstancia aprobar un contrato espurio. Así se lo impone la ley, sin que signifique que se esté declarando la nulidad del acto de adjudicación o del contrato ni que se ejerce la facultad revocatoria como estima el recurrente. Si no fuera así qué objeto tendría la intervención de distintas autoridades y órganos del estado para la contratación? ¿Cuál sería el objeto de la revisión por parte del Consejo de Estado y de los Tribunales? ¿Para qué se establece en lo nacional la aprobación del Consejo de Ministros en ciertos casos? La aprobación de los contratos por las Juntas Directivas de los Organismos Descentralizados a todos los niveles?

“El propósito no es de llenar de requisitos y formalidades a la contratación. Cada actuación tiene una finalidad y es obvio que lo que se puede aprobar también se puede improbar, lo que se puede declarar ajustado a la ley también se puede declarar en contrario, sin temor a pensar que en ejercicio de una función jurídico - administrativa se usurpe funciones a la jurisdicción que por esencia es el órgano competente para declarar la nulidad de los actos y contratos.”

La Sala celebra que el Tribunal de Cundinamarca, en las juiciosas consideraciones que hace a los largo de los actos administrativos impugnados, haya tenido la cabal comprensión jurídica de la problemática sometida a su consideración y hubiese logrado frenar una contratación administrativa plagada de vicios de distinta naturaleza.

### *Licitación. Su omisión es insubsanable.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 23/03/1990  
Radicado: CE-SEC3-EXP1990-N4882  
Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 21/04/1972  
Radicado: CE-SC-EXP-1972-N645  
Ponente: Luis Carlos Sáchica

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
CE-SEC3-EXP1990-N5984

Aunque el origen de las loterías en Colombia se remonta a la época del Virreinato de la Nueva Granada, ciertamente fue la Ley 64 de 1923 la que otorgó su

establecimiento y explotación a los entes departamentales y la Ley 93 de 1938 la que atribuyó a las Juntas de Beneficencia la administración de aquellas instituciones. Tanto Beneficencias como Loterías, están reglamentadas por disposiciones paralelas, pero ambas están vigiladas estrechamente por el Gobierno Nacional y convergen hacia un mismo fin de asistencia pública.

La circunstancia de que el arbitrio rentístico de las loterías tenga una aplicación específica de asistencia pública y de que tales entidades estén bajo el control de inspección y vigilancia del Ministerio de Salud, hace que los contratos sobre distribución y venta de los billetes para los sorteos, estén sometidos a ciertas exigencias establecidas en la ley y que, además, deban sujetarse a los mecanismos de la licitación pública, para que tengan validez. Al tratar un asunto similar al que se controvierte en este proceso, esta Sala, en sentencia de fecha primero (1) de octubre de 1987, expediente 4883, ocurrió así:

“El contrato suscrito por la Beneficencia del Tolima con el señor Arturo Morales Falla, está viciado de nulidad absoluta, porque en su celebración se pretermitieron requisitos exigidos por la ley, como pasa a verse. La nulidad del aludido contrato es manifiesta, pues a la luz de la normatividad establecida para los contratos que celebren los Departamentos sobre loterías, se requiere aprobación ministerial y el sometimiento al procedimiento de la licitación pública.

LICITACION PÚBLICA. Así lo establece el inciso 3º del art. 1o de la Ley 64 de 1923: ‘los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de esta ley deberán someterse a la licitación Pública y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia Pública del respectivo Departamento, (subraya la Sala). Sobre esta exigencia de la ley, la Corporación -Sala de Consulta y Servicio Civil- en concepto calendario el 21 de abril de 1972, con ponencia del doctor Luis Carlos SÁCHICA precisó:

“Que, en lo referente al requisito de la licitación su omisión es insalvable, insubsanable, que la propia Ley 64 en mención no da lugar a excepciones y fija como único criterio para determinar la adjudicación de] contrato el de escoger la oferta de mayor participación en el valor de cada sorteo’. (Anales 1972. primer semestre. Tomo 82. Números 433-434, pág. 165).

“APROBACION MINISTERIAL. Este requisito surge del art. 13 del Decreto 1140 de 1943, que preceptúa: “Todo contrato que celebren los Departamentos sobre loterías necesita de la aprobación del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social”. Igual disposición contiene el art. 2º num. 3 y 6 de la Resolución No. 150 de 1946, emanada del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social. Esta aprobación se ejerce hoy, a través del Ministerio de Salud, conforme a lo preceptuado en los arts. 2º del Decreto 1579 de 1972, y lo. del Decreto 155 de 1974, que subrogaron el Decreto 0974 de 1947. La filosofía anterior se explica, porque las Beneficencias y las Loterías son objeto de inspección y vigilancia por parte del Gobierno Nacional (art. 6º Ley 93 de 1938 y art. 1º del Decreto 1140 de 1943), con el fin de sustraer los ingresos por concepto de loterías, de la administración financiera general de las entidades territoriales y colocarlos bajo manejo separado, en cuenta especial, sin que en ningún caso, puedan entrar a formar parte del acervo común de la entidad que las haya organizado. Así lo dispone el art. 13 de la Ley 64 de 1923, la que con su Decreto Reglamentario No. 66 de 1975, establece además que el producido de las loterías legalmente establecidas en el país, deducidos los gastos de administración, será destinado con exclusividad para la asistencia pública del territorio respectivo, y deberá transferirse directamente a los Servicios Seccionales de Salud”.

Dentro del marco jurisprudencias anterior, son dos las limitantes que establece la ley a las instituciones de utilidad común para la distribución y venta de loterías, en orden a asegurar la destinación de su producto y garantizar la escogencia de quien ofrezca mayor participación en el valor de los sorteos.

### *Oferta. Garantía de seriedad. Responsabilidad del oferente y del asegurador*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 13/05/2015

Radicado: 25000-23-26-000-2000-00472-01 (28647)

Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 30/03/2006

Radicado: 1723

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

En concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, se expuso:

“El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, en los términos legales antes transcritos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público?

“Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 transcrito antes, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que la única situación en la que el ente licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio, puesto que en éste estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

(...)

“Ahora bien, es claro que el hecho de participar en una licitación o en general en un proceso de selección, genera para el licitador otras obligaciones distintas de la de suscribir y legalizar el contrato, que consisten en realizar todas las actividades que se desprenden de la participación en el proceso y que son consecuencia del principio de la buena fe, en las que se encuentra la de dar oportuna respuesta a las “aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” que le sean pedidas por la entidad licitante, con miras a efectuar una adjudicación objetiva.

“La solicitud de consulta requiere que se aclare si el oferente tiene o no la libertad de contestar a la solicitud que le haga la entidad; si en caso de

silencio puede cobrar el valor de la garantía de seriedad de la oferta, y si en el evento en que las respuestas o aclaraciones que entregue no coinciden con la oferta presentada, se le puede aplicar esta misma sanción.

“En relación con la primera parte de la inquietud presentada, es claro que dado que se trata de una oferta de contrato comunicada libremente por el oferente, está obligado a suministrar toda la información necesaria para que el ente licitante efectúe la comparación con las demás propuestas a efectos de realizar una adjudicación objetiva. El silencio del licitador tiene como efecto, generalmente aceptado, el rechazo de su oferta, pues si las aclaraciones pedidas son indispensables para la evaluación, su ausencia conlleva a la imposibilidad de realizarla.

“El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por sí mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, si se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública, como se explica más adelante, demandar para solicitar las correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados.

(...)

“En los párrafos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citadas en el primer acápite de este concepto, era claro que del hecho ilícito del incumplimiento se desprendía la necesidad de reparar los perjuicios que con éste se causaran, los que debían ser probados. Enseguida advirtió la Sala que el derecho público le introdujo algunos cambios a la institución del seguro de cumplimiento para adoptarlo a las garantías estatales, una de las cuales es la contenida en el numeral 12 del artículo 30 que también se transcribió, el cual se ha venido comentando en lo que hace referencia con lo consultado.

“La norma en cita menciona que el oferente debe constituir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor está señalada en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos<sup>162</sup>. La norma

---

162 “Ver Decreto Reglamentario 679 de 1994, artículo 16 en su parágrafo”. Cita del texto original.

ordena que el valor de esta garantía quede en favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, que como se dijo consiste en la no suscripción y legalización del contrato, significando que el legislador, en vez de exigir la prueba de los perjuicios causados a la entidad pública, estableció un valor único a manera de sanción, de suerte que el licitador no pudiere entrar a discutir el monto de los perjuicios, pues la administración se queda con la garantía por el simple hecho del incumplimiento. Agrega la norma, que la administración puede, ella sí, reclamarle al particular los perjuicios que le causó su incumplimiento cuando fueren superiores al valor de la garantía con la que, lícitamente se quedó.

“La función de la compañía de seguros, en este caso es la de pagar el valor asegurado que debe coincidir con el valor de la garantía o depósito, de manera que basta con el simple incumplimiento del oferente para que esté obligada al pago del seguro. Se hace notar que en este caso, por expreso mandato legal y para el derecho público, se cambia la regla de la demostración del perjuicio por la del pago automático de una sanción, cuyo valor ha sido preestablecido en los pliegos de condiciones, y que la aseguradora ha aceptado libremente al suscribir su contrato de seguro”<sup>163</sup>.

---

163 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1723 del 30 de marzo de 2006. MP. Enrique José Arboleda Perdomo.

## Pacto arbitral. Naturaleza



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 07/03/2012

Radicado: 76001-23-31-000-1997-04862-01 (18013)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 24/06/1996

Radicado: 838

Ponente: Roberto Suárez Franco

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-26-000-2002-01054-01(28951)

El Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples providencias acerca de la naturaleza del pacto arbitral y ha concluido que el mismo siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros. Así, en providencia del 24 de junio de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil explicó:

“1. El pacto arbitral. Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial.

1.2 De conformidad con el artículo 3° del Decreto 2279 de 1989, el pacto arbitral no se presume; las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral; por ello constituye una cláusula accidental del contrato si se atiene a los términos del artículo 1501 del C.C.

1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso. Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso difieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2° artículo 2° Decreto 2279 de 1989).

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la

finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato. Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3º artículo 2º del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado<sup>164</sup>.

### Pliego de condiciones. Subsannabilidad



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
 Fecha: 29/01/2014  
 Radicado: 25000-23-26-000-2001-02053-01  
 Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 20/05/2010  
 Radicado: 1992  
 Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

En vigencia de las disposiciones originales de la Ley 80 de 1993 -que constituyen la ley aplicable para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala- se estableció la imposibilidad de subsanar los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, sin

164 Concepto 838 del 24 de junio de 1995, Roberto Suárez Franco

perjuicio del derecho de los proponentes a realizar observaciones acerca del informe de evaluación de propuestas, posición que fue resumida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el siguiente concepto<sup>165</sup>:

“2. La llamada subsanabilidad de los requisitos de las propuestas en la contratación estatal.

La ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término subsanar o subsanable para referirse a la posibilidad que tendría un proponente para corregir algún elemento de su oferta y evitar que ésta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable.

La idea de esta facultad para los proponentes, se basaba en el hoy derogado segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que decía:

(...) “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Esta norma se interpretaba de consuno con la frase final del numeral 7º del artículo 30 de la misma ley, el cual continúa vigente, que permite a las entidades licitantes “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” durante el término para la evaluación, y también con el numeral 8 del mismo artículo que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas. En la práctica administrativa se asumía que **el oferente podía válidamente allegar los documentos** que estimare necesarios para que su oferta fuera bien evaluada, **siempre que no la adicionara, completara, modificara o mejorara**, según las voces del citado numeral 8º.” (La negrilla no es del texto).

---

165 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 20 de mayo de 2010, radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034- 00, Referencia: Contratación Estatal. Ley 1150 de 2007. Selección Objetiva. Verificación de las condiciones de los proponentes. Registro Único de Proponentes.

En el mismo concepto, a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007<sup>166</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó que no existe el derecho a subsanar, más sí existe la opción de la Administración de solicitar a su juicio requisitos o documentos adicionales, para efectos de aclarar sus dudas o las observaciones que hayan presentado los proponentes acerca de la evaluación, así:

“4. “¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y el abuso de tal derecho?”.

No existe el derecho a subsanar. 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.”

---

166 ARTÍCULO 5o. **DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.** Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º. de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

(...)

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

## Precio “a valor global” del contrato



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 28/02/2013  
Radicado: 5001-23-26-000-1997-15246-01 (26271)  
Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 28/07/2002  
Radicado: 1439  
Ponente: Susana Montes de Echeverry

En ejercicio de la acción contractual, la pretensión principal de la demanda se concreta en la declaratoria de incumplimiento del contrato 236 de 1996 y sus condenas pecuniarias consecuenciales, en tanto la subsidiaria impetra porque se elabore y suscriba el contrato adicional y se liquide, con el fin de legalizar las obras reclamadas y obtener su pago. Siendo éstas las cuestiones que habrá de resolver la Sala. No es posible considerar la procedencia del incumplimiento deprecado, en razón del no pago de las obras adicionales, en tanto, en los términos del contrato 236 de 1996, la actora se comprometió a realizar *“todas las obras para la remodelación de las redes hidráulicas y sanitarias del servicio de lavandería del Hospital San Blas”*, contenidas en la propuesta del 17 de diciembre del mismo año, por un valor de \$19.974.250. Por consiguiente, acorde con el objeto contractual, no cabe el reclamo en que se funda la demanda si se considera que, además, las partes convinieron en un valor global<sup>167</sup>.

167 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de julio de 2002, rad. 1439, M.P. Susana Montes de Echeverri. Al respecto, se dijo:

“En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato; sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por **precio global**, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado”.

**Procesos ejecutivos. Beneficiario de una sentencia judicial no está obligado a entregar la primera copia que presta mérito ejecutivo para su cumplimiento**



**Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda  
 Fecha: 21/04/2016  
 Radicado: 25000-23-41-000-2016-00183-01  
 Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



**Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 21/07/2005  
 Radicado: 1661  
 Ponente: Gustavo Aponte Santos

La doctrina de esta Corporación ha manifestado que el beneficiario de una sentencia judicial no está obligado a entregar la primera copia que presta mérito ejecutivo para su cumplimiento a la Administración, pues las normas aplicables no exigen expresa o tácitamente la obligación de presentarla. Así se concluyó por la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante Concepto N°. 1661 del 21 de julio de 2005. M.P. Gustavo Aponte Santos, en el que se dijo lo siguiente:

A manera de conclusión, obsérvese, que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil como el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001, no prescriben, expresa o tácitamente, la obligación de presentar la primera copia cuando el cobro de la obligación se realiza por la vía administrativa.

Estas normas, lo que señalan con claridad, es que tales documentos son los que prestan mérito ejecutivo y por lo tanto, son los indispensables para iniciar el procesos ejecutivo contra la entidad estatal, en caso de que ella no efectúe el pago correspondiente.

Habiendo definido que no se requiere la presentación de la primera copia para solicitar el pago a la entidad estatal, interesa precisar cómo se debe cobrar en debida forma a la administración y cuáles son los requisitos exigidos por la ley para ese trámite.

## Servicio de correos



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 06/12/2007

Radicado: 11001-03-26-000-1995-11493-00 (11493)

Ponente: Enrique Gil Botero



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 10/03/2005

Radicado: 1631

Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Al entender de la sentencia de la Corte Constitucional, el hecho de que los servicios postales, y dentro de ellos los de mensajería especializada, se prestaran a través de reserva estatal antes de la Constitución Política de 1991, implicaba que el nuevo modelo constitucional no alteraba dicha situación, no porque se creara por vía legal un aspecto inmodificable, sino porque el nuevo Texto Político, pese a introducir la liberalización de los servicios públicos, continuaba contemplando la posibilidad de que el Estado fuera el único prestador de uno o unos servicios públicos. Puede observarse, inclusive, que para esa Corporación, el hecho de que se permita la concesión de los servicios postales, implica una flexibilización de un modelo de gestión, que antes le correspondía de manera directa al Estado. Esta Corporación ha adoptado también este entendimiento con ocasión del análisis de constitucionalidad y legalidad del Decreto 229 de 1995<sup>168</sup>.

Habida consideración, de que el planteamiento hasta ahora presentado hace alusión a los servicios postales en general, se detiene la Sala en el análisis de lo referente a los servicios financieros de correos, para determinar si su especialidad, da lugar a aspectos adicionales al cargo que se estudia en este numeral. Sobre la existencia de una reserva del Estado, en materia de servicios financieros de correos, en atención a la consideración de estos como una especie del género de los servicios postales, ésta Corporación en un concepto<sup>169</sup>, la corroboró, y para ello, hizo alusión a

168 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencias del 16 de junio de 1995, Exp.3056 y del 11 de septiembre de 1995, Exp.3236.

169 CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005); Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce; Radicación número: 1631.

la evolución histórica de algunas normas, antes de la expedición de la Constitución Política de 1991:

“(…) El Servicio de correo comprende los servicios de giro postal y telegráfico. Ahora bien, la ley 80 de 1993 y el decreto 229 de 1995 incluyen los servicios de giro postal y de giro telegráfico como servicios de correo. Disponen las normas en concreto:

“Ley 80 de 1993. Artículo 37. Del régimen de concesiones y licencias de servicios postales.- Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada. Se entiende por servicio de correo la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aérea, dentro del territorio nacional. El servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros.”

“(…) El servicio de giro postal, se organizó por primera vez en Colombia en la ley 68 de 1916 por la cual se dotó al entonces Ministerio de Correo y telégrafos, de un fondo especial de caja que permitiera el manejo de los recursos que respaldaran la orden de pago que los usuarios daban al operador postal. El Decreto 168 de 1917, por el cual se reglamentó el servicio de giro postal y telegráfico clasificó los giros postales en ordinarios y extraordinarios, correspondiendo estos últimos al servicio de giro telegráfico. Los giros postales son de dos clases, a saber: ordinarios y extraordinarios. Los primeros se expiden por correo; los segundos, por medio de telegrama con carácter urgente (...) que el Jefe de la oficina de correos tiene el deber de enviar a la de telégrafos.

“Para prestar este servicio, mediante el decreto ley 1632 de 1940, se creó el Banco Postal, de propiedad del Estado, pero dependiente del Ministerio de Correos y Telégrafos; el cual se liquidó mediante el Decreto 2254 de julio 31 de 1945, y se ordenó el restablecimiento del servicio de giros a cargo del Ministerio.

“Posteriormente, el Decreto 3267 de 1963, por el cual se reorganizó el Ministerio de Comunicaciones, y se creó la Administración Postal Nacional,

estableció en el artículo 12 que los servicios de giros postal y telegráfico estaría a cargo de ese establecimiento público. Disponía el artículo 12 del decreto en comento: “El servicio de giros, creado por la ley 68 de 1916 y reorganizado por los decretos leyes 2294 de 1950 y 1635 de 1960, continuará funcionando como establecimiento público (...) bajo la denominación de Administración Postal Nacional y tendrá a su cargo la prestación y explotación de los servicios postales, con las siguientes funciones: (...) d) administrar y prestar los servicios de giros postales y telegráficos, envíos contra reembolsos, transferencias postales, valores declarados, cobranzas (...)”.

“En concordancia con la función atribuida a Adpostal de prestar los servicios de giros postal y telegráfico, el decreto 195 de 1976, por el cual se aprobaron los Estatutos de esta entidad, preveía:

“Artículo 6º.- Funciones (...) 4.- Prestar y administrar el servicio de envíos de correspondencia, los servicios postales especiales, los servicios postales financieros y los servicios postales complementarios.

“Artículo 40.- Las fuentes principales de ingresos de la Administración Postal Nacional (...) serán: (...) 2º.- El producto de los servicios de giros postales, telegráficos o internacionales, envíos contra reembolso, trasferencias postales, valores declarados, cobranzas (...).”.

“El servicio de giros postal y telegráfico sigue actualmente en cabeza del operador postal, al punto que el Decreto 2247 de 1993, en su artículo 21, al determinar la composición del patrimonio de Adpostal, incluye:

“Artículo 21.- El patrimonio y las rentas de Adpostal estarán constituidos así:  
1. Los bienes que poseía Adpostal como establecimiento público del orden nacional. 2. El producto de los recaudos por servicios postales. 3. El producto de los servicios de giros postales, telegráficos, envíos contra reembolso, transferencias postales, valores declarados, ya sean unos y otros nacionales o extranjeros. (...)”

“La doctrina define el servicio de giro telegráfico en los siguientes términos:  
“Giro Telegráfico: Servicio en el cual el operador postal autorizado emite un documento nominativo pagadero a la vista en una oficina del emisor, conteniendo una promesa de pago de una cantidad determinada de moneda de curso legal en el territorio Nacional o de cualquier otra moneda si así fuere

pactado entre el Prestador y el remitente. La transmisión de la orden de pago se realizará telegráficamente con aviso por parte del operador postal autorizado al destinatario.”

“Así las cosas, la clasificación del servicio de giro telegráfico dentro de los servicios de correo, se justifica tanto por su evolución histórica como por la forma como se presta dicho servicio, en el cual, el operador postal utiliza el medio telegráfico para transmitir una orden de pago y, por tanto, el alcance no puede ir más allá, es decir, considerar que el servicio de telegrafía comprende el servicio postal. Lo anterior, permite concluir que los servicios de giro postal y telegráfico, tal y como lo señala el decreto 229 de 1995 -artículo 5º- es una modalidad de servicio de correo de contenido financiero, que de acuerdo con la forma como ha sido prestado a lo largo de su historia, se caracteriza por:

“Ordenar un pago a una persona natural o jurídica por cuenta y a cargo de otra. Se clasifica como postal cuando el giro se realiza únicamente a través del servicio postal. Se clasifica como telegráfico cuando el operador postal a través del medio telegráfico confirma su envío. Desde sus orígenes tanto el servicio de giro postal, como el servicio telegráfico han estado en cabeza del operador postal, al punto que aún hoy los recursos que se generen en su prestación forman parte del patrimonio de Adpostal”

De la anterior transcripción conceptual, que la Sala comparte, se deduce en primer lugar, que los giros y en general los servicios financieros postales, constituyen una especie del género de los servicios postales, y como tal son un servicio público, que desde antes de la Constitución Política de 1991 han sido reservados al Estado. Se deduce también, que existe un amplio referente legal, que hace incuestionable la configuración de concesiones en relación con ellos, a través de un Decreto Reglamentario.

## Sociedades de economía mixta. Contratación con las mismas



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 13/10/1988  
Radicado: CE-SEC3-EXP1988-N3899-45  
Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 06/07/1981  
Radicado: 1530  
Ponente: Humberto Mora Osejo

En consonancia con el artículo 1º del Decreto 150 de 1976, el artículo 164 del mismo Estatuto, ordenó: “De los contratos de las sociedades en que la Nación posea más del noventa por ciento del capital social. Los contratos de las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social se someten a las regias previstas en el presente Decreto, para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado”.

Cuáles reglas? La regla consignada en el artículo 161 del Estatuto, según la cual los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado no están sujetos a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación. Y las reglas de aplicación restringida, esto es, que los contratos en los cuales se pacte la cláusula de caducidad y los relacionados con obras públicas (art. 162) y empréstitos (art. 163), se someten al tratamiento que la ley exige para los de la Nación. El criterio anterior, coincide con el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, el 6 de julio de 1981. El concepto, en su parte pertinente, se pronuncia así:

“Según el artículo 164 del Decreto - ley 150 de 1976, ‘los contratos de las sociedades de economía mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social se someten a las mismas reglas previstas en el presente Decreto para los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado’. De acuerdo con el artículo 161 del mencionado estatuto, en principio, los contratos que celebraron las empresas industriales y comerciales del Estado ‘no están sujetos a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación y sus cláusulas son las usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo en los términos del presente

Decreto, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y, cuando a ello hubiere lugar, deberán incluir las prescripciones pertinentes sobre la renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero’.

“Pero, conforme al artículo 162 *ibídem*, ‘los contratos de obras públicas que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado se someterán a las formalidades y requisitos que para esa clase de convenios señala el presente decreto. Sin embargo, no requerirán concepto del Consejo de Ministros, y su revisión por el Consejo de Estado sólo se hará cuando la cuantía de los mismos fuere superior a doscientos millones de pesos (\$200.000.000); además, como prescribe el artículo 163, ‘los contratos de empréstito que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado se sujetarán al mismo trámite que la ley exige para los de la Nación’.

“De manera que, según los transcritos preceptos del Decreto - ley 150 de 1976, los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado, en principio, se rigen por las normas del Derecho Privado, con las salvedades que el mismo estatuto prescribe, tanto en cuanto les permite estipular las cláusulas de caducidad, como en cuanto les prescribe la obligación, si fuere pertinente, de estipular cláusulas de renuncia a reclamación diplomática y de observar sus preceptos en los contratos de obras públicas y de empréstito en los cuales según el artículo 167 *ibídem*, deben pactarse ‘las mismas cláusulas que la ley exige para los de la Nación’.

“Este mismo régimen es aplicable a las sociedades de economía mixta ‘o en las que la Nación posea más del noventa por ciento de su capital social’. Por tanto estas sociedades pueden estipular las cláusulas de caducidad, deben incluir, si fueren pertinentes, las de renuncia a reclamación diplomática y observar las disposiciones del Decreto - ley 150 de 1976 en los contratos de obras públicas y de empréstitos. Los demás contratos que celebren se rigen por el Derecho Privado, en ellos incluidos los que pacten con otras entidades públicas (art. 179 del Decreto - ley 150 de 1976), entendiéndose por tales ‘la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las comisarías, los Municipios, los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más

del noventa por ciento (90%) de su capital social' (art. 179 del Decreto - ley 150 de 1976). En los términos que anteceden debe interpretarse, para todos los efectos legales, el artículo 19, inciso 2° del Decreto - ley 150 de 1976" (*Anales del Consejo*, Segundo Semestre 1981, números 471 - 472, págs. 25 - 26).

De los planteamientos anteriores se deduce que, en el caso *sub lite*, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en su calidad de sociedad de economía mixta del orden nacional, celebró un contrato de naturaleza no administrativa con el actor y, por tanto, no acusable ante la jurisdicción contenciosa.

### Teoría de la imprevisión



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 07/03/2011

Radicado: 25001-23-26-000-1997-04638-01 (20683)

Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/08/2009

Radicado: 1952

Ponente: Enrique Arboleda Perdomo

Cuando las condiciones económicas pactadas en el contrato fueren alteradas en perjuicio de una de las partes por causas no imputables a ésta, ocurridas durante la ejecución del contrato, se impone la obligación de restablecer el equilibrio financiero. En efecto, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone que *"en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)"*. Lo anterior, independientemente de que se haya o no pactado en el contrato.

La verificación de dicho equilibrio impone la obligación de valorar la ecuación financiera en cada caso particular, analizando los valores acordados en el contrato, de manera tal que se pueda establecer si el mismo ha permanecido inalterado. En caso contrario, es menester dilucidar a quién le es imputable el quiebre de dicha ecuación, con el objetivo de que la restablezca. El equilibrio económico se ve afectado por tres causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por

ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28<sup>170</sup>.”

En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993<sup>171</sup>. Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato.

170 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo

171 Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: “*Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán al os procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...)*”.

## Terminación unilateral del contrato. Facultad de la Administración



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 01/12/2008  
Radicado: 85001-23-31-000-1997-00423-01 (15603)  
Ponente: Miryam Guerrero de Escobar



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 01/12/1999  
Radicado: 1230  
Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
85001-23-31-000-1997-00374-01 (15797), 20001-23-31-000-2001-00398-01(26496)

Si se presentara un vicio diferente de los consagrados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando los hechos son constitutivos de alguna de las otras dos causales establecidas en la citada norma, el representante de la entidad estatal no estaría facultado para declarar la terminación unilateral del contrato, no obstante la existencia de una nulidad absoluta, puesto que la ley no le da tales prerrogativas; en esos precisos eventos, solo podrá intentarse la acción contractual de nulidad absoluta del contrato. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al referirse a la facultad de la Administración para ordenar la terminación unilateral del contrato como consecuencia de haberse configurado las causales de nulidad absoluta, previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del Estatuto Contractual, precisó lo siguiente:

“Si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional<sup>172</sup>, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2º

172 “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. (Sentencia de 10 del julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp.5.782).” (Nota original del concepto.)

de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1o., 2o. y 4o. del citado artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

En estos eventos, señalados expresamente por la ley y correspondientes a algunas de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la entidad debe acudir a sus atribuciones excepcionales para dictar actos administrativos unilaterales, adicionales a aquellos que la ley prevé para la terminación unilateral de los contratos.

En la actividad contractual de las entidades estatales, como es propio en este tipo de relaciones en que concurren voluntades para la creación de obligaciones, procede el ejercicio de la autoridad administrativa manifestada en forma unilateral mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados, susceptibles de impugnación por vía gubernativa y del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractual), de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo (art.87) y ley 80 de 1993 (art.77).

Como la entidad estatal tiene la dirección general, el control y vigilancia administrativos de la ejecución del contrato, ella puede interpretar los documentos y estipulaciones contractuales, modificar los contratos y “cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”, con el objeto de evitar la paralización o afectación grave de un servicio público y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (ley 80 de 1993, art. 14.1.).

La procedencia de la expedición del acto administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato estatal está prevista por el legislador cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, por disolución de la persona jurídica del contratista; por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista o por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten el cumplimiento del contrato (art. 17).

Ha dicho la Corte Constitucional, sobre la previsión legal de la terminación unilateral del contrato: “En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato, la ley 80 de 1993 establece los casos en que ésta podrá darse, ya que la administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico; claro está, las correspondientes causales deben ser taxativamente señaladas por la ley, ya que obedecen a circunstancias de interés colectivo, o situaciones sobrevinientes que impiden la continuación en la ejecución del contrato y afectan los derechos de los contratistas”. (Sentencia del 20 de octubre de 1994).

Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.

De otra parte, debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f)).

Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y fáctica de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente incoada incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad

absoluta por las partes contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio.

Debe distinguirse el carácter imperativo para la administración de dar por terminado el contrato, ante la existencia de causales de nulidad señaladas por la ley, del derecho de acción en el que se faculta a la misma administración, igual que a otras personas, para iniciar la acción pertinente y alegar la nulidad del contrato del que forma o formó parte. Esta facultad para buscar restablecer la legalidad de la gestión contractual es optativa, allí no se conmina imperativamente a la entidad estatal al ejercicio de la acción, como sí ocurre con la obligación de terminar el contrato.

El legislador no condiciona la expedición del acto administrativo de terminación del contrato por existencia de causales de nulidad, al ejercicio de la acción contractual de nulidad, ni viceversa, de modo que el cumplimiento del deber legal o el ejercicio del derecho de acción, se asumen independientemente. En el caso de que se alegue nulidad absoluta el término de caducidad de la acción es de dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento o máximo de cinco cuando el término de vigencia es superior a dos años (Código Contencioso Administrativo art. 136 numeral 10 letras e) y f)), margen de tiempo del que no goza la entidad para la terminación del contrato. En todo caso, y con prescindencia del mencionado factor temporal de oportunidad procesal, si la entidad estatal tiene por existentes algunas de las causales de nulidad que la obligan a dar por terminado el contrato y, en consecuencia, procede a la expedición del acto administrativo correspondiente, la misma valoración la conduciría, así la ley contractual no la constriña a hacerlo, a incoar la acción contractual de nulidad destinada a obtener la declaratoria judicial correspondiente.<sup>173</sup>

---

173 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 1º de diciembre de 1999, radicación No. 1230.

No 88485

İKİ AY İKAMET SÜRELİ MÜTEADDİT  
GİRİŞ VİZESİDİR.  
ÇALIŞMA HAKKI VERMEZ.

MULTIPLE ENTRY VISA VALID FOR  
TWO MONTHS  
EMPLOYMENT PROHIBITED

USD 20

Seri : A

T.C. ANTALYA  
GİRİŞ

240808

151

LİMANI

01 09 06

HAVA

T.C. ANTALYA  
GİRİŞ

ŞİA  
No 633588

İKİ AY İKAMET SÜRELİ MÜTEADDİT  
VİZESİDİR. TÜRKİYE SINIRLARINDAN  
GİRİŞTE SÜRE BAŞLAR.  
ÇALIŞMA HAKKI VERMEZ.  
ENTRY VISA VALID FOR 60 DAYS  
ON THE DATE OF ENTRY.  
HAS NO RIGHT TO  
USD 20

## V. FUNCIÓN PÚBLICA Y REGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

### Agentes consulares. Régimen



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 07/06/2012

Radicado: 11001-03-24-000-2007-00044-00

Ponente: María Elizabeth García González



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 09/02/2000

Radicado: 1244

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

En el sistema interamericano se celebró la Convención de la Habana de 1928, sobre derechos y deberes de los funcionarios diplomáticos, aprobada por la Ley 41 de 1936 y depositada la ratificación el 20 de febrero de 1937. (...) A dicho respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto de 9 de febrero de 2000, acotó:

“La normatividad aplicable por el Estado colombiano a los agentes diplomáticos y consulares acreditados en el país, tiene su origen en compromisos adquiridos dentro del contexto de las relaciones exteriores con otros sujetos de la comunidad internacional, fundamentadas constitucionalmente 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” (C.N. art. 9o.). (...)

Tales relaciones suponen la actuación de los distintos sujetos de derecho internacional, principalmente los Estados y los organismos internacionales, mediante sus órganos internos y externos, entre estos últimos las misiones diplomáticas, oficinas consulares y sus funcionarios o miembros, sometidos a un estatuto especial en razón de su función de representación de los

Estados. Por ello la comunidad internacional, tanto dentro del sistema de las Naciones Unidas como del sistema interamericano, ha convenido el establecimiento de normas sobre relaciones, deberes, derechos, prerrogativas e inmunidades de misiones, oficinas, agentes diplomáticos y consulares, con el objeto de garantizar mediante su observancia el desempeño de sus labores en condiciones de libertad e independencia, de manera que permita el normal desarrollo de las relaciones mutuas.

Tanto el derecho internacional, particularmente el diplomático, como la costumbre internacional, han desarrollado diferentes instrumentos que otorgan facilidades a las misiones, oficinas y funcionarios para el pleno ejercicio de sus actividades. Han sido denominados por las normas, la costumbre y la doctrina, privilegio, inmunidad e inviolabilidad, y son consecuencia de la llamada extraterritorialidad o extrajurisdicción.<sup>174</sup>

### *Agentes consulares. Régimen y equivalencias*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 24/09/2016

Radicado: 11001-03-24-000-2014-00712-00

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 18/06/2004

Radicado: 1578

Ponente: Susana Montes de Echeverri

Adicionalmente, la Sala de Consulta<sup>175</sup> de esta Corporación advirtió que la equivalencia establecida en el Decreto 274 de 2000 del cargo de Embajador con el cargo de Viceministro General tiene por finalidad definir la ubicación adecuada de estos funcionarios del servicio exterior en la planta interna del Ministerio a fin de cumplir la alternación del personal en servicio extranjero e interno y, puso de presente que por su naturaleza son disposiciones legales especiales y propias que determinan el nivel jerárquico al que pertenecen los funcionarios diplomáticos de la carrera

174 Radicación núm. 1244. Consejero ponente doctor Augusto Trejos Jaramillo.

175 Consejo de Estado (Sala de Consulta). Concepto No. 1578 de 18 de junio de 2004. Actor: Ministerio de Relaciones Exteriores.

diplomática cuando pasan a la planta interna, sin que deba hacerse analogía con las normas generales establecidas en el Decreto 2503 de 1998, que establece que se entiende por niveles directivo, asesor o ejecutivo.

### *Asignación de retiro y pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez. Compatibilidad*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 01/09/2014

Radicado: 25000-23-25-000-2010-00166-01

Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 23/09/1998

Radicado: 1143

Ponente: César Hoyos Salazar

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, concordante con lo dispuesto por la Constitución Política, artículo 128, y la Ley 4ª de 1992, artículo 19, las asignaciones de retiro y pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes del derecho público, siempre y cuando lo sean por tiempos diferentes. En este sentido, en concepto No. 1143 de 23 de septiembre de 1998, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. doctor César Hoyos Salazar, se sostuvo:

“El alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez de entidades de derecho público, implica que se causen con tiempos diferentes de servicio, pues, no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto”.

## Cargos de carrera. Supresión en contextos de reestructuración

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 06/02/2003 Radicado: 25000-23-24-000-2000-0261-01 (6031) Ponente: Camilo Arciniégas Andrade
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 12/10/2000 Radicado: 1302 Ponente: Augusto Trejos Jaramillo
Otras sentencias que citan el mismo concepto 25000-23-24-000-2001-00384-01; 11001-03-15-0000-2014-01775-01(AC); 41001-23-31-000-2006-00234-01	

*La supresión de cargos de carrera en el marco de procesos de reestructuración administrativa, como resultado de la prevalencia del interés general de racionalizar el gasto y de propender por la eficacia en la gestión administrativa.* El tema de la supresión de cargos de carrera administrativa en el contexto de procesos de reestructuración ha sido examinado en prolifera jurisprudencia. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación<sup>176</sup>, ha conceptualizado al respecto:

“La supresión de cargos obedece a la modificación de las plantas de personal de las entidades estatales, como consecuencia de la adaptación a una nueva estructura orgánica y a la redistribución de competencias y recursos, que deviene del principio constitucional según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales (art. 209). La decisión judicial que ordena el reintegro a un cargo suprimido en el marco de un proceso de reestructuración administrativa hace imposible, en principio, el reintegro al empleo que ocupaba el demandante, con mayor razón si en la nueva planta de personal no existen cargos equivalentes al suprimido. Si no existe el cargo, tampoco hay funciones por cumplir, lo que conduce, en aplicación de un criterio de razonabilidad y para evitar que produzcan consecuencias absurdas, a que no se justifique la permanencia del servidor en la administración y a que carezca de causa legal para devengar salario; de no entenderse así se desconoce la prohibición del

176 Concepto de 12 de octubre de 2000. Radicación 1302. C. P. Doctor Augusto Trejos Jaramillo

artículo 122 de la Carta, según el cual no puede existir empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.

Por ello, debe darse prevalencia al interés general que conlleva el ejercicio de la facultad de reestructuración administrativa, orientado a la racionalización del gasto público y a la eficiencia y eficacia en la gestión pública. En este caso, ante la imposibilidad del reintegro, el derecho particular del demandante encuentra satisfacción en el reconocimiento de los salarios dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo hasta la notificación del acto administrativo que determine las causas que imposibilitan el reintegro ordenado. Lo contrario, sería mantener indefinidamente una obligación de hacer que se tornaría irredimible y que desnaturalizaría el objetivo de la supresión del empleo, como es la racionalización del gasto público”

### *Cargos de carrera. Régimen especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda  
 Fecha: 23/09/2015  
 Radicado: 05001-23-31-000-2002-02327-01  
 Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E)



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 08/03/2001  
 Radicado: 1331  
 Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza

La Ley 443 de 1998<sup>177</sup>, relacionó en su artículo 4º la existencia de regímenes especiales de carrera para varias entidades oficiales, entre ellas la de Registraduría Nacional del Estado Civil, señalando que las normas legales que contienen estos sistemas particulares continuarán vigentes, pero en su parágrafo 1º este artículo señaló: *“La administración y la vigilancia de estos sistemas corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual resolverá, en última instancia, sobre los asuntos reclamaciones que por violación a las normas de carrera deban conocer los organismos previstos en dichos sistemas específicos”.*

177 *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”.*

El artículo 26 de la Ley 443 de 1998 creó el Registro Público de la Carrera Administrativa, conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir, cuya administración y organización corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), sin embargo, con ocasión de la sentencia C-372 de 1999 se declararon inexecutable varios artículos de esta ley, atinentes a la CNSC, razón por la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 8 de marzo de 2001, radicado 1.331, concluyó que *“mientras no se expida la ley mediante la cual se desarrolle el artículo 130 de la Carta Política, de acuerdo a los criterios fijados por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 1999, la Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene competencia para adelantar procesos de selección a fin de proveer empleos de carrera, pueden realizarse mediante encargo o nombramiento provisional en empleos de carrera que se encuentren en vacancia”*. De ahí que la Registraduría no pudo convocar a concursos, hasta tanto no se expidiera la mencionada ley sobre la Comisión.

### Despido colectivo. Vencimiento del término social pactado



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 20/03/2003  
Radicado: 25000-23-24-000-1999-0156-01 (7592)  
Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 12/12/1994  
Radicado: 660  
Ponente: Roberto Suárez Franco

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Roberto Suárez Franco, el 12 de diciembre de 1994 absolvió el tema planteado en los siguientes términos:

“Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizar el cierre total y definitivo y el consiguiente despido colectivo de trabajadores, en los casos enunciados por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, previa observancia de los trámites legales.

“La disolución de una sociedad, motivada por la expiración del término de duración, no faculta a sus directivos para proceder a despidos colectivos. Sólo cuando la disolución ocasione la terminación de la empresa o empresas

que la sociedad viene desarrollando y la consiguiente clausura de labores, se podrá proceder al despido, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Si la disolución de la sociedad no pone fin a las empresas, no existirá causa jurídica que motive su despido colectivo”.

### *Docentes de universidades estatales. Regulación del régimen salarial y prestacional*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 27/04/2016

Radicado: 08001-23-31-000-2003-01771-02

Ponente: William Hernández Gómez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/04/1998

Radicado: 1076

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Debe anotarse que el Gobierno Nacional es el competente para establecer el régimen prestacional aplicable al personal administrativo que labora en dichas entidades, tal y como lo analizó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación con el siguiente razonamiento:

“(…) Dado que las personas que prestan sus servicios tanto en el área docente como administrativa de las universidades del Estado son servidores públicos, que el presupuesto de estas entidades proviene casi en su totalidad del Estado, que por expresa disposición legal corresponde al Gobierno Nacional regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y que la ley 30 de 1992 consagró en el artículo 77 que el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales se regirá por la ley 4ª de 1992 y demás normas complementarias, la Sala considera que compete al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las universidades oficiales.(…)”<sup>178</sup>

178 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 15 de abril de 1998, Radicación: 1076, C.P.: Augusto Trejos Jaramillo.

## Empleados públicos. Nombramiento



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 09/07/2015

Radicado: 25000-23-42-000-2012-01503-01

Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/11/2006

Radicado: 1777

Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Cabe anotar que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación Judicial, mediante concepto de 15 de noviembre de 2006 dentro del radicado No. 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777) mencionó que el nombramiento es un acto condición que implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido legalmente al momento de ingreso al servicio, de la siguiente manera:

“(…) El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista. (...) La regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”. (...) Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal. (...)”.

## Empleados públicos. Sistema salarial y prestacional antes de la Constitución de 1991



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
 Fecha: 27/08/2015  
 Radicado: 08001-23-31-000-2005-02960-02  
 Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 18/07/2002  
 Radicado: 1393  
 Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Por su parte, sobre este tópico la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, C. P. doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, sostuvo:

“De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

- a. De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). (...)
- b. A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles -nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido -acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas.”.

## *Empleados públicos de entidades descentralizadas del Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 15/09/2016

Radicado: 6001-23-31-000-2005-04234-01

Ponente: William Hernández Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 18/07/2002

Radicado: 1393

Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

La anterior posición fue fijada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación en el concepto 1393 de 2002<sup>179</sup> que ratificó el emitido en el año 1999 con radicación 1220. Al respecto, la Sala indicó:

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

f. El límite máximo salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquéllas no pueden desbordar ese marco (...)

En este sentido y con referencia a otro de los puntos de la Consulta, advierte la Sala que las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden distrital, tienen autonomía para fijar el régimen salarial de sus empleados públicos, con respeto del límite máximo establecido en el decreto 2714 de 2001 y demás normas relacionadas con la materia - como por ejemplo el decreto 2712 de 1999 -, y con fundamento en los factores salariales determinados por el gobierno nacional para la liquidación de las prestaciones sociales [...]».

179 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., 18 de julio de 2002. Radicación: 139. Actor: Ministro del Interior. Referencia: Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Tal criterio fue reiterado en reciente providencia proferida por la subsección B de esta sección el día 12 de marzo de 2015<sup>180</sup>, en la que se resolvió la demanda de nulidad contra un acuerdo emitido por el municipio de Medellín (Antioquia) que dispuso que los incrementos salariales de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del orden territorial debían ser fijados directamente por sus juntas directivas. En aquella ocasión, se señaló, con fundamento en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil citado, lo siguiente:

«[...] Precisado el régimen legal que regula el caso sub examine, se considera que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, en la medida en que contrario a lo sostenido por la apoderada del Sindicato accionante, los Concejos de los Municipios tanto Constitucional como legalmente están autorizados para establecer el régimen salarial de sus dependencias primero, sin establecer nuevos factores salariales, porque esta última es una competencia restrictiva del Congreso de la República, y el límite máximo de los emolumentos puede ser el establecido por el Gobierno para el orden Nacional.

Respecto de los entes descentralizados, no tiene competencia el Concejo Municipal, sino su Junta Directiva, siguiendo además de los citados lineamientos la situación financiera de las empresas o sociedades de economía mixta que se trate. (...) Competencia para la fijación del incremento salarial de servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado – E.S.E. del Orden Territorial. (...)

Así las cosas, tal como lo sostuvo el A-quo, de acuerdo con las normas que rigen las Empresas Sociales del Estado del orden Territorial, es claro, que tal como lo estableció el Acuerdo N° 55 de 2005 en el artículo 3° demandado, corresponde a las Juntas Directivas de estas entidades fijar el incremento salarial de acuerdo al presupuesto y sin exceder los límites determinados por el Gobierno Nacional.

---

180 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación: 05001-23-31-000-2006-03028-01(1463-14). Actor: Asociación de Empleados y Trabajadores de Metrosalud (ASMETROSALUD). Demandado: Concejo Municipal de Medellín.

## *Empleados públicos del orden territorial. Competencia para fijar el régimen salarial.*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 19/06/2014  
Radicado: 50001-23-31-000-2006-00989-01  
Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 11/09/2003  
Radicado: 1518  
Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

La Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 sostuvo que el Gobierno Nacional es competente para determinar el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales (...). Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>181</sup>, también conceptuó sobre la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial de la siguiente manera:

“Según el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, al Congreso de la República corresponde dictar las normas generales -ley marco o cuadro- y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por su parte, los artículos 300-7 y 313-6 *ibídem*, respectivamente, establecen que corresponde a las Asambleas departamentales y a los Concejos municipales determinar “...las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos...”, dentro de los órdenes seccional y local y los artículos 305-7 y 315-7 atribuyen, respectivamente a los gobernadores y alcaldes, la potestad de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias<sup>2</sup>.

En desarrollo de lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), el Congreso de la República expidió la ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 12 se dispuso: “*El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las*

181 M.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación: 1518 (Ampliación).

*normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional".* De esta manera se concluye que el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial se fija de manera concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, y las Asambleas Departamentales y los Gobernadores, o los Concejos Municipales y los Alcaldes, según el caso. (...)"

De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, es decir que al Congreso de la República le corresponde señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen; al Gobierno Nacional le compete señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador; y a las asambleas departamentales y a los concejos municipales les corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate, pero siempre respetando los límites máximos fijados por el Gobierno Nacional. En efecto, el artículo 112 de la Ley 136 de 1994 establece que al Concejo Municipal le corresponde definir el monto de los viáticos que se le asignarán al alcalde para comisiones dentro del país y para las comisiones al exterior corresponde al Gobierno Nacional definir el monto de los viáticos. ...

## *Empleados públicos y trabajadores oficiales. Régimen de transición aplicable.*



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
Fecha: 19/02/2015  
Radicado: 25000-23-25-000-2007-00612-01  
Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 09/03/2006  
Radicado: 1718  
Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 9 de marzo de 2006<sup>182</sup>, en respuesta a la consulta presentada por el Ministro de la Protección Social, en la que se preguntaba “1.Cuál es el régimen de transición aplicable a las personas que a 1º de abril de 1994 cumplían con alguno de los requisitos prescritos en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se encontraban vinculadas a una entidad de derecho público, como trabajadores oficiales o como empleados públicos cuando para acreditar el tiempo de servicios o de cotizaciones, acumulan tiempos laborados para empleadores públicos y tiempos aportados al Instituto de Seguros Sociales. 2. ¿Pueden sumarse para efecto de establecer el cumplimiento del requisito ‘tiempo de servicios’ en el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, los tiempos de aportes al ISS?”, concluyó:

“Para la Sala, si se hiciera abstracción de la ley 100 de 1993, la situación de la persona que se encuentra en la hipótesis planteada estaría regulada por la ley 71 de 1988, artículo 7º, que permite acreditar ‘aportes sufragados en cualquier tiempo’ en una o varias entidades de previsión social públicas de cualquier orden, y en el ISS, para completar el tiempo de 20 años, que junto con la edad, de 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres, son los requisitos establecidos por la misma ley 71 para acceder al derecho pensional.

Como el requisito del tiempo en la ley 33 de 1985 sólo puede acreditarse en el sector público así como el número de semanas de cotización es exclusivo del régimen administrado por el ISS, una persona que pueda acreditar uno

182 Radicado 11001-03-06-000-2006-00014-00 (1718), CP Dr. Enrique José Arboleda Perdomo

u otro sin necesidad de acumularlos, puede entonces acceder a la pensión, bajo el régimen de la ley 33 de 1985 o del ISS, según el caso; pero en la hipótesis consultada, esto es que requiera acumular aportes, se le negaría la posibilidad de pensionarse si se desconoce la ley 71 de 1988 como el régimen pensional aplicable por necesitar la suma de su vinculación pública y privada.

Con la vigencia de la ley 100 de 1993, la ley 71 de 1988 se torna en el 'régimen anterior' aplicable a la persona de la hipótesis de la consulta, pues precisamente la finalidad del régimen de transición es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, esa persona quedaría sujeta al régimen general de la ley 100, o sólo al régimen público o sólo al régimen del ISS, y ello implicaría que o no se podría pensionar o que, tratándose del ISS, el derecho a la pensión se reduciría al pago de una indemnización compensatoria, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud del régimen de la ley 71 de 1988.

Desconocer que la ley 71 de 1988 contiene uno de los regímenes pensionales 'anteriores' a la ley 100, y en particular el que resuelve la hipótesis descrita en la consulta, sería absurdo, como lo indica la misma solicitud de concepto del Sr. Ministro, y también sería violatorio de los principios constitucionales que rigen las condiciones del trabajo,<sup>183</sup> en especial los referentes a la igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas

---

183 *"Constitución Política, Art. 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: / Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. / El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. / Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. / La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."*

laborales y la favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las normas que regulan el tema laboral, los cuales adquieren mayor relevancia para los destinatarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, pues el pilar de esa transición es precisamente la conservación del régimen pensional derivado de su vida laboral.”

### Experiencia profesional. Elementos y cómputo



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Quinta

Fecha: 29/01/2014

Radicado: 11001-03-25-000-2012-00058-00

Ponente: Alberto Yepes Barreiro



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 17/07/2008

Radicado: 1910

Ponente: Gustavo Aponte Santos

En el caso del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales, como requisito se exige el de la experiencia profesional, sin hacer ningún condicionamiento adicional, es decir, no pide que aquella se cuente desde la obtención del título profesional. Por tanto, para su cómputo, se debe tener en cuenta lo que indica el artículo 1 del Decreto 4476 de 2007, antes transcrito.

Igualmente, esa experiencia requiere la realización de actividades que permitan aplicar y hacer uso de los conocimientos derivados de la formación académica, como lo impone el artículo 14 del Decreto 2772 de 2002<sup>184</sup>. En ese orden, no cualquier práctica, actividad o tarea puede servir para acreditar la denominada experiencia profesional. Sobre este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo<sup>185</sup> de Estado sostuvo:

“... Así las cosas, el factor de experiencia profesional, desde el año de 1993 ha involucrado dos elementos: **i)** un grado de conocimiento académico, que se obtiene al cursar y aprobar las materias del pénsum académico, **ii)** que el conocimiento práctico que se adquiere a través de la experiencia sea

184 Artículo 14. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

185 Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos. Concepto del 17 de julio de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00048-00(1910).

acumulativo, tanto por el paso del tiempo, como por el grado de competencia que con su ejercicio se alcanza. En consonancia con su naturaleza empírica, se reguló la forma de su acreditación dando relevancia a aspectos como el tiempo de desempeño y las funciones realizadas.

## 2.2 La regla general para el cómputo de la experiencia profesional en el sector público.

Es claro, de acuerdo con el régimen descrito, que como regla general para el acceso a los cargos públicos, la **experiencia profesional** es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pónsum académico. Esto implica, que no existe, eventualmente, solución de continuidad entre la finalización de las materias académicas y el ejercicio de la profesión. La norma no exige títulos de idoneidad y de hecho posibilita el inmediato ejercicio profesional, y la consecuente contabilización de los tiempos laborados como experiencia profesional. Esta es la fórmula bajo la cual la administración pública ha valorado y contabilizado este factor desde el decreto 590 de 1993 a efectos de vincular el personal a su servicio.”

### *Ley 91 de 1989. Efectos en el pago de las prestaciones sociales del magisterio*



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 29/01/2015

Radicado: 41001-23-33-000-2012-00092-01

Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Radicado: 361

Ponente: Jaime Paredes Tamayo

Advierte la Sala que en efecto tal situación debe aclararse para lo cual es necesario citar a la Sala de Consulta y Servicio Civil, de ésta Corporación, con ponencia del Consejero Dr. Jaime Paredes Tamayo, en concepto No. 361 de 1990, en la que se pronunció acerca de los efectos de la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Se dijo en aquella oportunidad:

“Para efectos de las prestaciones económicas y sociales del personal docente, el artículo 15 de la ley 91 de 1.989 lo clasifica como personal docente nacionalizado, personal docente nacional y personal docente vinculado con posterioridad al 1º de enero de 1990, manteniendo para el primero el régimen prestacional vigente en cada entidad territorial y sujetando los restantes al régimen aplicable a los empleados públicos del orden nacional, excepto en lo siguiente:

- i) Dispone, para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 con derecho a la pensión de gracia que el reconocimiento y pago de la misma se haga por la Caja Nacional de Previsión y que esta es compatible con la pensión ordinaria de jubilación.
- ii) A los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y a aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, se les reconoce el derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

La definición de un régimen laboral único para el magisterio, a partir del 1º de enero de 1990, que propuso el Gobierno al presentar al Senado el proyecto de ley correspondiente, se concretó con el artículo introducido por el ponente, doctor Alvaro Uribe Vélez, y consiste en respetar las normas vigentes en las entidades territoriales respecto a los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y en adoptar para quienes ingresen con posterioridad a esta fecha, las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la ley 91 de 1989 son de cargo de la Nación y corresponde pagarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por el artículo 30. de dicha ley : pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagaron el Fondo las sumas que resulten adeudar a dicho personal por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles antes de la fecha de la promulgación de la ley en cita. (Artículo 20. ordinal 5o., ibídem).

Con fundamento en lo expuesto se contestan en el orden de su formulación los puntos del cuestionario de la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social:

1. El docente pensionado por la Caja Nacional de Previsión Social que hubiere cumplido antes de la vigencia de la ley 91 de 1989 los requisitos de tiempo y edad ordenados por la ley 114 de 1913, tiene derecho a que la misma entidad de previsión conforme al Decreto 081 de 1976, le reconozca la pensión de gracia por esa ley establecida, con efectividad a la fecha en que dicha pensión se hubiere causado. (Ley 91 de 1989, artículo 15, ordinal 2o.), es decir, cuando se hayan “cumplido los requisitos para exigibilidad”. (ley 91 de 1989, artículo 1o. parágrafo 2o inciso lo. y artículo 15. ordinal 2o.).
2. El reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación causada antes de la vigencia de la Ley 91 de 1989 se harán de conformidad con las normas legales aplicables a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Y dichos reconocimiento y pago están a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, como lo dispone el artículo 2o. inciso lo, de la Ley 91 de 1989.
3. Como en el caso anterior, la Caja Nacional de Previsión debe reconocer al docente, pensionado de conformidad con la ley 114 de 1913, la pensión ordinaria de jubilación sobre la base de haber reunido los requisitos para tener derecho a la misma con anterioridad a la promulgación de la ley 91 de 1989, conforme a lo prescrito por el artículo 2o. de la ley 91 de 1989.
  - a. A los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que llegaran a tener derecho a la pensión de gracia con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989, se les reconocerá y pagará por la Caja Nacional de Previsión, conforme al Decreto 081 de 1976, según lo prescrito por el artículo 15, ordinal 2o. de la ley 91 de 1989.
  - b. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la ley 91 de 1989, serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando se cumplan los requisitos correspondientes. Pero la Caja Nacional de Previsión Social, o el Fondo Nacional de Ahorro o la entidad que haga sus veces “pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar” hasta la fecha de promulgación de la ley 91 de 1.989.”

*Personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Régimen pensional*



**Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 12/04/2014

Radicado: 11001-03-25-000-2006-00115-00

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



**Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 20/11/2006

Radicado: 1752

Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1752, Número Único: 11001-03-06-000-2006-000-58-00-1752, del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, indicó que las pensiones de los servidores del Estado, en principio se concibieron como recompensas por los servicios prestados y que, por tal razón, estaban exentas del sistema de aportes que ahora conocemos. Dijo en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“I. Régimen pensional aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993.

**1. Antecedentes constitucionales y legales.**

La Constitución de 1886, en su artículo 62 establecía en materia de pensiones a cargo del Tesoro Público, lo siguiente:

“Artículo 62.- La ley determinará (...) las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público (...).”

Con fundamento en dicho artículo, el Congreso expidió la ley 50 de 1886, según la cual, toda pensión del Tesoro Público era por su naturaleza una “recompensa de grandes o largos servicios a la patria”<sup>186</sup>, la cual se otorgó a los militares de la independencia por servicios prestados a la causa<sup>187</sup> y a algunos los funcionarios públicos, entre ellos, los congresistas y los docentes.<sup>188</sup>

Por tratarse de un sistema de recompensas por servicios prestados, es claro que en vigencia de esta ley el reconocimiento de las pensiones del sector oficial no estuvo sujeto al pago de aportes en efectivo por parte del servidor público, y ellas estaban a cargo del Tesoro Público.

En concordancia con lo anterior, la ley 167 de 1941 al regular las reclamaciones por servicios prestados a la patria, asimiló los conceptos de recompensa, pensión y jubilación, con el fin de establecer el procedimiento para su reconocimiento, decisiones que eran revisables por el Consejo de Estado, en tanto, imponían obligaciones pecuniarias a cargo del Tesoro Público.<sup>189</sup>

Así las cosas, se tiene que fueron los militares los primeros servidores que gozaron de los beneficios de un esquema de seguridad social basado en un sistema de recompensas, en el cual se tenía en cuenta, la naturaleza de la actividad y los riesgos inherentes a la misma y no los aportes que éstos hicieran para alcanzar el derecho a obtener una pensión.

Paulatinamente, este tipo de beneficios se extendió al personal civil del Ministerio de Guerra, hoy Ministerio de Defensa Nacional, prueba de ello, es que la ley 6 de 1945 preveía en su artículo 26 que “las condiciones de trabajo, prestaciones y garantías para empleados y obreros del ramo de la guerra se regularán exclusivamente por las disposiciones de dicho ramo”.

En relación con el régimen de personal y prestacional aplicable al personal civil de la Policía Nacional, encuentra la Sala que en las leyes 74 de 1945 y 72 de 1947 se empezó a reconocerles el derecho a gozar de algunas

---

186 Artículo 5º de la ley 50 de 1886. Concordancias. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1718 de 2006.

187 Ley 50 de 1886. Artículo 18.

188 Arenas, Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. Primera Edición. 2006. Editorial Legis.

189 Ley 167 de 1941. Artículo. 164.

prerrogativas especiales, al considerarlos para algunos efectos prestacionales como personal uniformado.<sup>190</sup>

Sin embargo, fue a partir de la expedición del decreto ley 2339 de 1971 que se incorporó en un solo estatuto el régimen aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se les otorgó el derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación por la prestación de servicios continuos o discontinuos a cargo del Tesoro Público.”

Luego de la anterior reseña histórica concluyó que:

“En vigencia de la Constitución de 1886, era viable establecer pensiones y prestaciones que total o parcialmente fueran asumidas por el Tesoro Público, teniendo en cuenta, únicamente, el servicio prestado que hacían parte de regímenes especiales o de excepción y se conservaron aún en vigencia de las leyes 6 de 1945 y 4ª de 1966, a partir de las cuales, se inició en Colombia la organización del sistema de seguridad social basado en el régimen de aportes,<sup>191</sup> cuyo desmonte gradual ha obedecido a diversas causas, entre otras, a la crisis financiera del sistema pensional, que llevó al legislador en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, a limitar el campo de aplicación de los mismos y, en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 a elevar a rango constitucional la obligación de garantizar la sostenibilidad financiera de dicho sistema.

En consecuencia, es claro para la Sala que el régimen pensional que cobija a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, no genera en cabeza de los mismos obligación alguna de cotizar al sistema, por tanto, el pasivo pensional que se genera por concepto de los servicios prestados a dichas entidades debe financiarse con cargo a los recursos presupuestales que se aprueben para ese efecto. ...”

---

190 Ley 72 de 1947. Artículos 7º y 13.

191 Arenas, Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. Primera Edición. 2006. Ed. Legis.

## Oficiales de las Fuerzas Militares designados Magistrado del Tribunal Superior Militar. Régimen pensional aplicable.



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda  
 Fecha: 01/09/2014  
 Radicado: 25000-23-25-000-2010-00166-01  
 Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 12/02/2002  
 Radicación: 1143 Adición  
 Ponente: César Hoyos Salazar

Fecha: 17/06/2003  
 Radicación: 1500  
 Ponente: César Hoyos Salazar

Ahora cabe preguntarse: si es viable para efectos de reconocer la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 acumular tiempo de servicio prestado como militar?; y qué debe entenderse por “vinculación” para efectos de determinar si un Magistrado del Tribunal Superior Militar, que empezó su periodo fijo como militar y lo culmina como civil se encuentra cobijado por el Decreto 1214 de 1990, a la luz de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993?

Estos cuestionamientos han sido abordados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diversas oportunidades. Así frente al segundo cuestionamiento, en concepto No. 1143 Adición, de 12 de febrero de 2002<sup>192</sup>, se sostuvo, luego de analizar la forma como se establece el vínculo laboral en las Fuerzas Militares y en el Ministerio de Defensa Nacional, como civil, que:

“...en el contexto de la consulta que se aclara, como vinculación debe entenderse el día, mes y año en que el oficial estableció su vínculo laboral con el Ministerio de Defensa Nacional, esto es, cuando ingresó al escalafón con el grado correspondiente. Si posteriormente, se produjo su traslado a la justicia penal militar, y tomó posesión del cargo de Magistrado del Tribunal Militar, debe tenerse por fecha de vinculación al régimen previsto para la justicia penal militar, el día, mes y año en el cual tomó posesión de dicho cargo. ...

192 C.P. doctor César Hoyos Salazar, con salvamento de voto del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce.

## 2. SE RESPONDE:

... el régimen de pensiones a aplicar a un oficial de las fuerzas militares nombrado el 25 de junio de 1993, para un período de cinco (05) años como Magistrado del Tribunal Superior Militar, y quien encontrándose desempeñando dicho cargo fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares el 02 de noviembre de 1994, con derecho a devengar asignación de retiro, se determina por la vinculación, que es el acto administrativo de nombramiento como magistrado y su posesión en ese cargo.”.

Posteriormente, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto No. 1500 de 17 de junio de 2003, C.P. doctor César Hoyos Salazar, manifestó:

- 1.2 En el evento en que un Oficial o Suboficial, con anterioridad al año de 1993, se hubiere vinculado en diferentes oportunidades a cargos de la Justicia Penal Militar, en forma continua o discontinua, la fecha de vinculación en los cargos de la referida Justicia que debe tenerse en cuenta, para efectos de reconocer pensión de jubilación como civil por tiempo acumulado, es aquella que coincida con la de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, pues sólo en esa condición le es aplicable el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa.
- 1.3 El fundamento legal que justifica la acumulación de tiempo de servicio militar y civil en el Ministerio de Defensa, se encuentra en la ley de Seguridad Social que permite, para el reconocimiento de las pensiones, acumular todo el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, cualquiera sea el tiempo laborado. Así mismo, en las disposiciones especiales que prevén la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militar con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.
- 1.4 Al personal militar que tomó posesión en cargos de la Justicia Penal Militar, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que sin solución de continuidad fueron nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, en cargos que hoy ostentan, habiendo sido retirados del servicio activo en vigencia de la ley 100 de 1993, les es aplicable el decreto ley 1214 de 1990

en razón a que el período legal para el que fueron nombrados podían ejercerlo bien como militares activos o en retiro.

- 1.5 En los eventos de cargos de periodo legal, la fecha de vinculación para efecto de determinar el régimen aplicable, es la de posesión en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, no obstante que en ese momento ostentara el status de militar en servicio activo. En los demás casos la fecha de vinculación es aquella en que el oficial fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios.”

### Prima técnica. Causación del derecho



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 01/09/2014

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00312-01

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 24/08/2006

Radicado: 1745

Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

No obstante, los continuos cambios sustanciales que ha sufrido la prima técnica, dirigidos básicamente a limitar a algunos niveles su reconocimiento, no tuvieron la virtualidad de afectar las situaciones de quienes habían adquirido el derecho a la prima técnica antes de su expedición y que ahora no accederían a ese derecho por encontrarse ejerciendo empleos excluidos de su reconocimiento. Dicha situación, se puede considerar como el establecimiento de un régimen de transición derivado del contenido del artículo 4 ibídem. Tesis que se comparte y que se ha sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto de 24 de agosto de 2006, radicado bajo el No. 1745, en el cual se señaló:

“Aplicación de los regímenes de transición. La solicitud de consulta señala que las peticiones de asignación de prima se elevaron en julio de 2000 y que se adujeron al efecto los decretos 1661 y 2164 de 1991. Entre la publicación del reglamento interno de la prestación por el Director del INVIAS, expedido mediante resolución No. 001229 del 18 de marzo de 1994 y la fecha de las solicitudes algunos de los peticionarios podrían encontrarse en las condiciones

previstas en los artículos 10, párrafo 1<sup>o</sup> del decreto 1661 de 1991 y 4<sup>o</sup> del 1724 de 1997, que establecieron períodos de transición legislativa.

‘Decreto 1661 de 1991. Artículo 10. (...) Párrafo 1o. Los funcionarios o empleados que a la fecha de expedición de este Decreto tengan asignada Prima Técnica continuarán disfrutándola en las condiciones que haya sido otorgada mientras permanezcan en el mismo cargo en la respectiva entidad.

Decreto 1724 de 1997. ‘Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.’

Tal como lo señala la Corte Constitucional ‘cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.’

[Es efecto específico de los regímenes de transición garantizar el respeto de los derechos adquiridos conforme a la normatividad anterior, razón por la cual quienes a partir de la publicación de la resolución 001229 de 1994 y conforme al decreto 1661 de 1991 y a su reglamento venían percibiendo la prima, tendrán derecho a seguirla recibiendo mientras cumplan los requisitos para disfrutarla. Respecto de quienes la causaron y no se les ha reconocido, la administración deberá constatar el cumplimiento y acreditación de los requisitos exigidos en la ley y si las mesadas han prescrito.

Por tanto, atendiendo la jurisprudencia y la doctrina de la Sala, el reconocimiento de la prima técnica se fundamenta en la causación del derecho siempre que **“el candidato llenare los requisitos”** exigidos por el legislador, en cuyo caso se **“proferirá la resolución de asignación”** lo cual no implica la aplicación retroactiva de la ley sino de la norma vigente al momento de la causación en desarrollo de las garantías laborales, así como de los regímenes de transición. Para el caso, técnicamente, por virtud del régimen de transición, se produce el reconocimiento de un derecho consolidado,

adquirido con anterioridad a la nueva legislación.

Según el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, el derecho se constituye y adquiere en el momento en que se reúnen los requisitos para acceder a la prima técnica. Por tanto, el acto administrativo de reconocimiento por su contenido y esencia se limita a concretar el derecho a la prima técnica, previa constatación del cumplimiento de los requisitos; su naturaleza es eminentemente declarativa y formaliza el pago de un derecho adquirido con fundamento en situaciones particulares consolidadas con anterioridad a la expedición del respectivo acto.”

### Prima técnica. Personal altamente calificado



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 27/08/2015

Radicado: 05001-23-33-000-2012-00779-01

Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 02/02/2012

Radicado: 2081

Ponente: William Zambrano Cetina

Por último y de la simple estructura de la expresión, se deduce que no puede ser cualquier tipo de experiencia, pues ese sustantivo fue calificado por un adjetivo, el cual a su turno, se refuerza con el adverbio “altamente”. Al respecto, en el concepto No. 2081 de 2 de febrero de 2012<sup>193</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo que:

“(…) La expresión “altamente calificada” como criterio para acceder a la prima técnica no es equivalente a la “experiencia profesional”. La primera alude a condiciones profesionales de excelencia que por razones de estudios, conocimientos, talentos, destrezas y habilidades, exceden los requisitos establecidos para ocupar un empleo. La experiencia profesional, en cambio, es una de las condiciones que junto con el requisito de estudio, forma parte

193 Radicado No. 11001-03-06-000-2011-00086-00; actor: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; C.P. Dr. William Zambrano Cetina.

del perfil de competencias que ordinariamente se requieren para ocupar el empleo.

(...) La experiencia altamente calificada como criterio para acceder a la prima técnica puede haberse conseguido o completado en el ejercicio del cargo sobre el cual se está solicitando su reconocimiento o también en otros empleos públicos o privados. En todo caso debe tener la calidad de “calificada” a que se ha hecho referencia en la respuesta anterior.”

### Remuneración. Concepto



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 12/05/2014

Radicado: 68001-23-31-000-2008-00363-01

Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 26/03/1992

Radicado: 433

Ponente: Humberto Mora Osejo

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.”<sup>194</sup>

Aunado a lo anterior, sobre lo que comprende la remuneración, la Sala de Consulta y Servicio Civil, dijo lo siguiente:

“La remuneración, según la ley, equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia, directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende, en consecuencia, los sueldos, **primas**, bonificaciones y demás

194 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección “A” Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil ocho (2008). radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07) Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra. Demandado: Departamento de Boyacá.

reconocimientos que se hagan, directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo.”<sup>195</sup>

## Salario. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 02/03/2016  
 Radicado: 11001-03-15-000-2015-03263-00  
 Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 18/07/2002  
 Radicado: 1393  
 Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
 25000-23-42-000-2013-00934-01

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional. Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, sostuvo:

“(…) El salario (…) aparece (…) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor

<sup>195</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo, Santafé de Bogotá, D.C. veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 433. Actor: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

(...)

Según el artículo 42 *ibídem* son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)”

### *Sentencias condenatorias en materia laboral. Clases de condenas*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 12/04/2014

Radicado: 25000-23-25-000-2007-00435-02

Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 26/09/1990

Radicado: 369

Ponente: Jaime Paredes Tamayo

Sobre este aspecto resulta ilustrativo el pronunciamiento efectuado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 26 de septiembre de 1990<sup>196</sup>, al absolver una consulta formulada por el Ministro de Hacienda. Veamos:

“Las condenas se pronuncian *in genere* o se dictan en concreto. Las primeras obedecen al hecho de que en el proceso, aunque aparece acreditada

196 C.P. Jaime Paredes Tamayo, radicación No. 369.

la existencia del perjuicio o daño, no se halla probada la cuantía o monto de la indemnización correspondiente. En este tipo de condenas se da una insuficiencia probatoria sobre el último extremo, que deberá suplirse durante el trámite posterior.

Las condenas en concreto pueden asumir dos formas, igualmente válidas, así : a)- La sentencia fija un monto determinado por concepto de perjuicios; por ejemplo, condena a pagar \$ 1'000.000.00 ; y b)- La sentencia no fija suma determinada, pero la hace determinable, bien porque en la misma se dan en forma precisa o inequívoca los factores para esa determinación, de tal manera que su aplicación no requiere de un procedimiento judicial subsiguiente, con debate probatorio para el efecto; o bien, porque los elementos para esa determinación están fijados en la Ley, tal como sucede con los salarios y prestaciones dejados de devengar por un funcionario o empleado público durante el tiempo que estuvo por fuera del servicio.

En otras palabras, la Administración cumple las sentencias, las ejecuta dice la norma (artículo 176 del C.C.A.), una vez estén ejecutoriadas (artículo 174 *ibídem*). Pero ese cumplimiento se entiende sólo cuando contengan condena en concreto, en las dos hipótesis explicadas; o cuando se haya cumplido el procedimiento de liquidación y el auto correspondiente esté ejecutoriado (Condena *in genere*).

En estos eventos, como lo dispone el mismo código administrativo, la administración deberá adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y es aquí donde la administración para acatar la sentencia deberá hacer las operaciones aritméticas, aplicando los factores que no requieren prueba por ser de orden legal, para determinar la cuantía de la indemnización.

En materia laboral no procede, en principio, la condena "in abstracto", toda vez que en la Ley y en los reglamentos están dados los elementos para su liquidación. Sería procedimiento inútil, dilatorio e ilegal que tuviera que hacerse condena "in genere", para luego, por una liquidación incidental dentro del proceso mismo, determinar el valor de una condena por salarios, prestaciones y demás derechos sociales, cuando estos presupuestos están forzosa e ineludiblemente señalados por la Ley.

No puede olvidarse que la presunción de derecho de conocimiento de la ley, se aplica tanto a los particulares como a los funcionarios públicos. (...)

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1. El Código Contencioso Administrativo comprende dos clases de condenas, una genérica y otra específica. La primera requiere surtir un incidente para determinar la cuantía de la obligación. La segunda no necesita de incidente porque esa cuantía es determinada o determinable en la ley o en los reglamentos con fundamento en la sentencia.
2. Las sentencias que profiera la jurisdicción contencioso administrativa, en materia laboral, implican condenas específicas porque el valor de las mismas está determinado en las sentencias o se deduce de la sentencia en relación con las leyes o reglamentos. En estos casos por lo mismo no hay necesidad de proferir autos que liquiden el valor de las mismas.
3. Las condenas que no son líquidas pero sí liquidables, de conformidad con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo se cuantifican mediante acto administrativo”.

### *Empleados públicos. Deber de permanencia establecido en la Ley 734 de 2002*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Cuarta  
Fecha: 26/11/2015  
Radicado: 11001-03-15-000-2014-02277-01(AC)  
Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 29/10/2010  
Radicado: 2032  
Ponente: William Zambrano Cetina

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación<sup>197</sup> mencionó en un concepto, a propósito de la citada norma, lo siguiente:

197 Radicación No. 2010-00095-00 (2032). Concepto del 29 de octubre de 2010. M.P. Dr. William Zambrano Cetina.

“...“En todo caso, la Sala considera necesario advertir, como aclaró desde hace mucho el Consejo de Estado al estudiar el sentido del artículo 281 de la Ley 4 de 1913<sup>198</sup>, que el objeto de dicha norma y del deber de permanencia ahora contenido en la Ley 734 de 2002 [refiriéndose al artículo 34, numeral 17], es evitar la discontinuidad de la Administración y asegurar el cumplimiento adecuado de las funciones públicas en los procesos de transición entre los servidores administrativos (por lo que su vocación es temporal), de manera que de modo alguno contiene o habilita un sistema de prórroga indefinida de los periodos de los servidores públicos. Por tanto, esa suplencia temporal que evita eventuales vacíos competenciales, no releva de las obligaciones legales de nombramiento y designación de los funcionarios que deben ocupar los cargos públicos, ni exonera por la responsabilidad derivada del incumplimiento de esa obligación”.

### Sindicatos. Inscripción sin el mínimo de miembros requerido.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 17/09/2004  
 Radicado: 11001-03-25-000-2001-0276-01  
 Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 05/06/1995  
 Radicado: 694  
 Ponente: Javier Henao Hidrón

Conforme lo precisó la Sala en sentencia de 9 de mayo de 2001 (Expediente núm. 5570), a la luz de lo preceptuado en el artículo 39, inciso 2º, de la Constitución Política, los sindicatos y las organizaciones sociales y gremiales están sujetos **al orden**

198 “Los ordenamientos de los artículos 281 y 11 citados, no pueden interpretarse en el sentido que disponen algo contrario al principio expuesto en el aparte precedente [desinvestidura del cargo al vencimiento del periodo], entre otras razones porque las normas legales hay que considerarlas como dictadas de concierto, si esto es posible, lo que hace concluir que los artículos en cuestión no prescriben en manera alguna la prórroga indefinida de los periodos en el caso allí contemplado, sino que, para evitar la discontinuidad de la administración, prohíben al empleado cuyo periodo ha concluido, abandonar el puesto hasta que se presente la persona que debe reemplazarlo por nombramiento hecho, en propiedad, por quien deba proveer el empleo (...).” (corchete fuera del texto). (Consejo de Estado, Sentencia del 18 de febrero de 1959).

**legal** y a los principios democráticos. De tal manera que los estatutos de SINTRAFEC, en razón de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, deben adecuarse a sus prescripciones. Así lo ha interpretado reiteradamente esta Corporación a través de la Sala de Consulta y de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa Administrativa, cuyos pronunciamientos, por haberse proferido frente a asuntos similares al aquí analizado, se prohíjan en esta oportunidad. Al efecto dijo esta Corporación en sentencia de 7 de mayo de 1998 (Expediente núm. 15627, Consejera ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas), en la que reiteró el concepto de la Sala de Consulta de 6 de junio de 1995, Radicación núm. 694, Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón:

“... Precisado lo anterior, corresponde a la Sala examinar el fondo de la controversia, la cual se centra en dilucidar si legalmente podía el Ministerio del Trabajo inscribir la junta directiva de la subdirectiva de la seccional de Sintrafec en Santa Rosa de Cabal - Caldas, sin contar con el mínimo de 25 afiliados en dicha sede.

Para desatar la cuestión litigiosa, debe señalar la Sala que la norma que gobierna la situación del sub lite es la Ley 50 de 1990, por ser dicho precepto legal de orden público y de aplicación inmediata, como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto radicado bajo el número 694, Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón, del 5 de junio de 1995. Sobre el alcance del artículo 55 de la ley 50 de 1990 allí se dijo:

“2. La regulación de la ley 50 de 1990. - La reforma laboral aprobada por el Congreso en 1990, mediante expedición de la ley 50 del mismo año, con criterio descentralizador regula la autorización para que “todo sindicato” pueda disponer en sus respectivos estatutos la conformación de subdirectivas seccionales y de comités seccionales, las primeras en municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros, y los segundos en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o al domicilio de la subdirectiva y en el que tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. En ambos casos -puntualiza el artículo 55 de la ley citada-, ya se trate de subdirectiva o de comité, no podrá haber más de una sección (sic) por municipio. Aunque la reforma laboral de 1990 no es innovadora en lo referente a la organización de las seccionales de los sindicatos, sí adopta algunas variantes que conviene precisar:

- Para la creación de una subdirectiva seccional es requisito indispensable que en el municipio respectivo el sindicato tenga un número no inferior a veinticinco (25) afiliados. Por consiguiente, la ley no permite que con el propósito de alcanzar el mínimo requerido, puedan unirse o reunirse afiliados de varios municipios. (...)
- Por ser de orden público, las normas laborales producen efecto general inmediato, tal como se deduce de los preceptos contenidos en los artículos 14 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo. De ahí que, al entrar a regir el artículo 55 de la ley 50 de 1990, relativo a subdirectivas y comités sindicales, las disposiciones de los estatutos de organizaciones de trabajadores contrarias a dicha norma, han debido adaptarse a la nueva reglamentación; y que solamente pueda efectuarse la inscripción de los representantes de subdirectivas seccionales sindicales, en el registro correspondiente, cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley 50 de 1990 y sus reglamentos. (subrayas fuera de texto).



## VI. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

### *Agencia Nacional de Hidrocarburos. Inclusión de las regalías en su presupuesto.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 22/03/2013  
Radicado: 25000-23-27-000-2008-00269-01  
Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 21/07/2005  
Radicado: 1656  
Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arcce

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-27-000-2010-00054-01(19528)

El Decreto 1760 de 2003 creó la Agencia Nacional de Hidrocarburos para administrar integralmente las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación, quedando facultada para recaudar las regalías y compensaciones monetarias correspondientes al Estado y girar a las entidades que tengan derechos a esos recursos. El artículo 11 del mencionado decreto dispuso que el patrimonio de la Agencia se encuentra conformado por sus recursos propios, los recursos obtenidos por el giro ordinario de sus negocios y los aportes que reciba de la Nación para su operación y funcionamiento. Desde su creación la Agencia ha pagado a la Contraloría General de la República la tarifa de control fiscal reglamentada en el artículo 4 de la Ley 106 de 1993. Esta última entidad produjo la Resolución No. 01197 de 19 de octubre de 2007 estableciendo que el presupuesto de la Agencia para el año 2007 era de \$6.130'331.184, fijando la tarifa de control fiscal para ese año en \$6.130'331.184. Contra la Resolución aludida, la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación a fin de que se reliquidara la tarifa de control fiscal impuesta teniendo en cuenta el presupuesto aprobado en la Ley 998 de 2005. La Contraloría General de la República desató los recursos confirmando la decisión

adoptada inicialmente, quedando establecida la tarifa de control fiscal para la actora en un valor de \$6.130.331.184.

(...) Si la Ley de presupuesto no dispuso incluir dentro de los recursos propios de esa entidad lo recaudado por concepto de regalías, mal puede la Contraloría agregar dicho rubro a la entidad para fijar la cuota de control fiscal dado que, como también se anotó anteriormente, el presupuesto de una entidad de la naturaleza jurídica de la accionante se encuentra determinado por la Ley Orgánica de Presupuesto y por la Ley de apropiaciones. El otro argumento por el cual la Sala se aparta de la interpretación de la recurrente se refiere a la naturaleza de las regalías como un derecho de participación económica de las entidades territoriales tal y como se desprende del artículo 360 Superior; es más, esta Corporación se ha pronunciado en ese específico punto y esos pronunciamientos se acogen por la Sala dado que su pertinencia en el asunto objeto de este proceso recogen su sentir. Es así como la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, mediante concepto de radicación No. 1656 de 21 de julio de 2005, resolviendo la consulta que elevara el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a fin de aclarar si los recursos que por concepto de regalías recaudaba la Agencia Nacional de Hidrocarburos ingresaban al presupuesto de esta señaló:

“Las regalías directas provenientes de la explotación de hidrocarburos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 de la Carta, constituyen un derecho de participación económica de las entidades territoriales y por consiguiente no se incorporan en el presupuesto de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, organismo que, en su calidad de recaudador, las girará directamente, sin perjuicio del registro contable que de las mismas deberá efectuar para efectos de control.”

## Aportes a la ESAP. Naturaleza parafiscal



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 12/05/2011

Radicado: 11001-03-24-000-2005-00125-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 14/06/2001

Radicado: 11001-03-06-000-2000-01357-01

Ponente: Cesar Hoyos Salazar

Los aportes que la Nación, los departamentos, el distrito capital y los municipios deben efectuar por mandato del artículo 11-4 de la Ley 21/82, originalmente, y del artículo 11 de la Ley 633/00, tienen como causa su condición de empleadores y por ello se causan sobre sus respectivas nóminas. La finalidad de dicho aporte es contribuir con el financiamiento de las instituciones de educación media creadas con el objeto de prestar el servicio educativo estatal. Los aportes en estudio cumplen con la exigencia de que las contribuciones parafiscales graven sólo a un determinado y único grupo social o económico y se utilicen para beneficio del propio sector gravado, conforme a la destinación especial señalada por la ley que impone la contribución.

En efecto, las entidades obligadas, aunque tienen la condición de públicas, pueden ser consideradas como un grupo o sector social puesto que conforman una comunidad de personas identificadas en su función de prestar el servicio público educativo a cargo del Estado. Este mismo criterio fue utilizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación mediante concepto de 14 de junio de 2001, Consejero ponente: Cesar Hoyos Salazar, para reconocerle el carácter parafiscal a los aportes destinados al funcionamiento de la Escuela Superior de Administración Pública por parte del artículo 11-3 de la Ley 21/82, pese a que las entidades aportantes y destinatarias tienen carácter público.

Para demostrar que corresponde a las entidades contribuyentes la prestación del servicio educativo estatal basta con examinar las disposiciones de la Ley 115 de 1994 que establece las especificidades de la educación media técnica y media académica y de la Ley orgánica 715 de 2001 que asigna las *competencias de dichas entidades en materia de educación media*. Así, de acuerdo con el artículo 5º ibídem corresponde básicamente a la Nación ejercer funciones de administración, distribución y regulación

del Sistema General de Participaciones con relación a la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio.

(...) Ahora bien, el grupo de entidades a cuyo cargo está el servicio educativo estatal a nivel medio, son las destinatarias de los beneficios de la contribución parafiscal, dado que están habilitadas para recibir dichos recursos para financiar proyectos de mejoramiento en infraestructura y dotación. El sistema de recaudo previsto para los aportes está igualmente definido en la Ley 21/82 y su destinación no podrá variarse o desviarse para fines distintos de los que motivaron su imposición.

No sobra agregar que en la sentencia C-155/03, que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 633/00, la Corte Constitucional definió la contribución en estudio como de carácter nacional, y que con argumentos semejantes a los expuestos, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación reconoció el carácter parafiscal del aporte en estudio (Ver concepto 1885 de abril 10 de 2008, Rad. 1885, C. P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, y Concepto 1888 de mayo 22 de 2008, Rad. 1.888, C. P. Dr. Gustavo Aponte Santos).

### *Aportes al SENA y al ICBF. Naturaleza parafiscal*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 26/02//2009

Radicado: 73001-23-31-000-2008-00149-01

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 18/06/1998

Radicado: 1103

Ponente: César Hoyos Salazar

En cuanto a la naturaleza jurídica de los aportes de que trata la Ley 27 de 1974 (modificada por la Ley 89 de 1988), la Ley 225 de 1995, dispuso lo que debe entenderse por contribuciones parafiscales en su artículo 2º (modificatorio del artículo 12 de la Ley 179 de 1994), así: «*Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos*

y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.» Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 18 de junio de 1998<sup>199</sup> sostuvo en lo pertinente sobre el tema:

«El aporte al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha sido calificado de parafiscal, por la misma ley. En efecto, el artículo 25 de la Ley 225 de 1995, compilado bajo el artículo 125 del Decreto 111 de 1996, que constituye el actual Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, señala que tal aporte, así como el que se hace al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, es una contribución parafiscal.

...El gravamen del 3% sobre la nómina mensual de salarios reúne las características de la contribución parafiscal, señaladas por la norma mencionada en el párrafo anterior, pues tiene carácter obligatorio por ley, afecta a un grupo económico, cual es el de todos los patronos y entidades públicas y privadas, y tiene como finalidad financiar las actividades que desarrolla el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a favor tanto de los hijos, en edad preescolar, de los empleados públicos y trabajadores. De todo lo anterior, resulta forzoso concluir que inequívocamente, los aportes realizados al ICBF por mandato de la Ley 27 de 1974 (modificada por la Ley 89 de 1988) son **contribuciones parafiscales**, cuyo tratamiento jurídico es idéntico al de los tributos. Teniendo claro lo anterior, es menester determinar a quién le corresponde la administración de esos recursos tributarios.

Respecto de la administración de las contribuciones parafiscales, dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil en el mismo concepto, lo siguiente:

«**Las contribuciones parafiscales y su sistema de administración.** El artículo 12 de la ley 179 de 1994 introdujo una definición legal de las contribuciones parafiscales, que fue modificada por el artículo 2º de la ley 225 de 1995. Según esta última disposición “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a

---

199 Concepto 1103 de 18 de junio de 1998; C.P. César Hoyos Salazar.

un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector”. La misma norma agrega: “El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”. El artículo citado dispone, además, que las contribuciones parafiscales administradas por **los órganos que formen parte del presupuesto** general de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales, y que su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

[...] Las contribuciones parafiscales vigentes en Colombia son administradas de manera diferente. En efecto, pueden distinguirse tres sistemas de administración:

Por entidades públicas, entre ellas el Instituto de Seguros Sociales, ISS, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA y la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, PROSOCIAL.

Por entidades privadas sin celebración de contrato con el Estado, como es el caso de las Cajas de Compensación Familiar que para tal efecto y de conformidad con el artículo 3º del decreto 1521 de 1957, deben “ser organizadas en forma de corporaciones, y obtener personería jurídica”, y las Empresas Promotoras de Salud, que administran el régimen contributivo.

c) Por entidades privadas que celebran un contrato especial con el Estado para administrarlas mediante una cuenta especial o fondo sin personería jurídica, como ocurre con las asociaciones gremiales agropecuarias (Federación Nacional de Cafeteros, Federación Nacional de Arroceros, Federación Nacional de Cerealistas, Federación Nacional de Cacaoteros, Federación Nacional de Algodoneros, entre otras ), y en un caso por una Cooperativa, como lo es la Agropecuaria de Ginebra Limitada, COAGRO, a la cual le corresponde la administración de la cuota correspondiente al fríjol soya.»

Forzoso es entonces, concluir que la administración de las contribuciones parafiscales que integran el patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

corresponde a dicha entidad. Luego, no podría afirmarse en principio, que por el hecho de que el patrimonio del ICBF esté integrado, en parte, por recursos del tipo objeto de discusión, la entrega de sumas de dinero a entidades contratistas de dicha entidad para su administración, las convierta en entidades administradoras de recursos tributarios, *per se*.

### Bienes baldíos. Propiedad de los mismos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 26/11/2008

Radicado: 11001-03-06-000-2004-01592-01

Ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 04/11/2004

Radicado: 2004-01592-01

Ponentes: Enrique José Arboleda Perdomo y Gustavo Aponte Santos

Por efecto de la Ley 137 de 1959, le fue otorgada a los municipios la propiedad de todos los baldíos situados en su correspondiente zona urbana, sin excepción alguna, esto es, tanto los que estuvieren ocupados y con mejoras, como los no ocupados, según se deduce del párrafo de su artículo 4º, aunque con el único propósito de que el municipio los transfiriera a título de compraventa a los particulares (“a condición de que éste proceda a transferir a los propietarios de mejoras el dominio de los respectivos solares a título de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley”, dice el artículo 3º de la misma, aunque el precitado párrafo del artículo 4º incluye a los “**solares no ocupados**” [destaca la Sala], o sea, los que no tenían mejoras, como susceptibles también de ser vendidos por el municipio), a fin de generar una fuente de ingresos para esos entes territoriales, y bajo los términos señalados en dicha ley.

(...) La idéntica situación jurídica a que se refiere el artículo 7 es la descrita en el artículo 1º de la Ley, en concordancia con el artículo 2º, esto es, **los terrenos que constituyen la zona urbana, sobre los cuales no se acredite dominio privado de conformidad con la ley y se presume que no han salido del patrimonio nacional y que son de propiedad del Estado.**

Si bien la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto contentivo de un detenido examen del asunto, consideró que la propiedad de esos

terrenos no le fue transferida de manera definitiva a los municipios, sino bajo condición suspensiva, consistente en la venta de los mismos a sus ocupantes y propietarios de mejoras<sup>200</sup>, esta Sala tiene una interpretación distinta y entiende que la cesión efectuada mediante la comentada ley, por una parte, comprendió tanto los terrenos ocupados y con mejoras, como los no ocupados, según atrás se precisó con fundamento en el parágrafo del artículo 7º y, en segundo lugar, significó el otorgamiento definitivo del dominio de esos terrenos a los correspondientes municipios; es decir, que éstos pasaron a ser sus propietarios, pues dicho parágrafo los autorizó para venderlos aún después de vencidos los dos años fijados en el artículo 4º *ibídem*, e incluso a quienes no fueren propietarios de mejoras, a precio que podían fijar libremente. De no haber sido así, mal hubieran podido a su vez transferirlos a título de compraventa a los particulares, con preferencia y precio favorable (10% del avalúo oficial) dentro de los 2 años siguientes a la vigencia de la ley para quienes los estuvieren ocupando y fueren propietarios de mejoras en ellos, o a precio libremente fijado por el municipio cuando el ocupante no hubiera hecho oferta dentro de dicho término y cuando no estuvieren ocupados.

Distinto es que esa transferencia por mandato de la ley hubiere sido dada con único propósito: la venta por el municipio a particulares, sin exceder un área de 2.000 m<sup>2</sup> por persona<sup>201</sup>, lo que a su vez tuvo fines fiscales, entre otros, según lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto precitado, al decir que “La cesión de los baldíos la hizo la Nación a favor del municipio de Tocaima y de los demás municipios que estuvieran en la misma situación jurídica, con varias finalidades según se lee en la exposición de motivos, a saber: como arbitrio rentístico, pues los dineros producto de las ventas de los baldíos ingresaban a las arcas municipales para la construcción del

---

200 *En Concepto de 4 de noviembre de 2004, expediente núm. 2004 01592 01, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación dijo:* “Es conveniente anotar que el mecanismo utilizado respeta la propiedad de los baldíos en cabeza de la Nación, pues no hay una transferencia de la titularidad de los mismos a las entidades territoriales, sino que tan sólo se cedían bajo condición suspensiva para que el municipio procediera a su venta y obtuviera el precio correspondiente, pero si no se efectuó esa venta, el municipio no adquirió la propiedad de los mismos. De esta forma, se respetó el mandato constitucional según el cual los baldíos pertenecen a la Nación.”

201 El parágrafo del artículo 4º del Decreto 3313 de 1965, reglamentario del artículo 7º de la Ley 137 de 1959, estableció: “*Los municipios no deberán efectuar ventas a una misma persona por extensiones superiores a dos mil metros cuadrados de conformidad con la limitación prevista en el artículo 7º de la ley 98 de 1928.*”

acueducto o de otras obras; para regularizar la propiedad y su titulación e incorporar esos inmuebles al catastro, y que sobre ellos se pagaran los impuestos municipales correspondientes<sup>202</sup>”.

Es claro que se trató de una transferencia del dominio sujeta a una obligación: venderlos a los particulares, con preferencia y a precio favorable, se repite, de quienes fueren propietarios de mejoras en ellos desde antes de la expedición de la ley, siempre y cuando hicieren oferta dentro de los 2 años siguientes a su vigencia; o a precio libremente fijado por el municipio si dentro de ese plazo no hubo oferta del ocupante o se tratara de solares no ocupados; lo cual al mismo tiempo constituía una limitación en la facultad de disponer de los terrenos correspondientes. No cabe, entonces, considerarla como condición suspensiva como tampoco condición resolutoria.

Así lo interpretó el legislador al remitirse al artículo 7º de la Ley 137 de 1959 en el artículo 123 de la Ley 388 de 1997, con el cual no hizo más que reafirmar esa transferencia del dominio o propiedad de los municipios sobre los aludidos terrenos, pero liberándolos de la comentada limitación o “condición” que le había fijado el artículo 3º de la Ley 137 de 1959, es decir, les dio la libre disposición de los mismos, y por ende pasaron a ser bienes de propiedad y dominio del municipio donde se encuentren, pero en el marco de los objetivos y fines de la Ley 388 en cita, ya que en palabras de la Sala de Consulta y Servicio de esta Corporación, consignadas en el concepto ya referenciado:

“...es lógico entender que la cesión de los baldíos urbanos efectuada en esa misma ley, debe integrarse a la totalidad del ordenamiento territorial y manejarse con miras a su cabal realización. De esta manera, las finalidades de la cesión de los baldíos a las entidades territoriales son entonces las previstas en las leyes 9a. y 388 y, como se verá enseguida, las de la ley 768 de 2002, mas no el arbitrio rentístico que se desprende de la ley 137 de 1959.

De esta afirmación se desprende que los ocupantes de los inmuebles baldíos urbanos carecen de derecho a la adjudicación o compra del inmueble, pues los municipios o distritos deben destinar los mismos a realizar los fines de las leyes de ordenamiento territorial, tales como: vías públicas, espacio urbano, servicios públicos, programas de vivienda de interés social, etc. Los

---

202 Historia de las leyes Tomo VIII. 1959. Exposición de motivos, págs 104 y 105.

municipios y distritos tienen entonces la obligación de recuperar los bienes baldíos ocupados con el fin de dedicarlos a las finalidades mencionadas.”

En ese orden, cabe decir que en la zona urbana, todo terreno que tenga la condición de baldío pasa a ser de propiedad y dominio del respectivo municipio, de allí que se trata de bienes y situaciones jurídicas determinables en la medida en que se consideran como tales los predios o terrenos que no hayan ingresado al patrimonio particular o privado, luego lo que se debe acreditar es esta última condición, y no la primera, ya que aquélla se presume, por tanto no requiere declaración.

### Bienes baldíos reservados. Las Islas del Rosario no son adjudicables



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 27/01/2016

Radicado: 47001-23-31-000-1995-04133-01 (28210)

Ponente: Hernán Andrade Rincón



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 28/05/1998

Radicado: 1101

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Fecha: 21/03/2007

Radicado: 1814

Ponente: Gustavo Aponte Santos

Probablemente, el caso en el que más se ha ocupado la Corporación del asunto de la definición y alcance de la expresión “*islas de uno y otro mar*” contenida en el Código Fiscal de 1912, fue en la sentencia del 13 de octubre de 1989<sup>203</sup>, en la cual se afirmó que: “*no se diga, como lo hace equivocadamente el tribunal, que se está frente al dominio eminente que el Estado ejerce sobre dichas islas, pues no se trata de ello sino de bienes baldíos de contenido eminentemente patrimonial con reserva territorial que se hace de ellos a favor de la Nación y sobre los cuales está revestida ésta de potestad para regular su uso, conservación y mantenimiento con fines de beneficio exclusivo para*

203 En dicha providencia se analizó la legalidad de un acto administrativo que incluía en el perímetro urbano de Cartagena los predios denominados las Isleta, La Isletica, Isla Grande, Macavi, Roberto, Isla del Rosario, Pavito, Los Palacios, Pirata, Los Caguamos, Bonaire, No te vendo o Islote de la Fiesta, Isla del Tesoro, Arenas todos pertenecientes al archipiélago de las Islas del Rosario.

*la comunidad a través de sus distintos organismos (Ministerios, Institutos y entidades descentralizadas, etc. INDERENA)*<sup>204</sup>.

De otra parte, en cuanto a la gestión de estas islas, como bienes integrantes de un parque natural, la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró:

“El propio Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dictó la Resolución 4698, del 27 de septiembre de 1984. En ella determinó que no han salido del patrimonio nacional y, por tanto, son baldíos reservados las islas del Rosario, entre las cuales se encuentran la Isleta, la Isletica, Isla Grande y otras, situadas en jurisdicción del municipio de Cartagena. Lo hizo en aplicación de las normas pertinentes del Código Fiscal. Debe entenderse, dentro de todo este contexto, que las islas mencionadas son bienes del Estado, no son de uso público y sí inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es al Incora al que, en principio, corresponde su administración. Sin embargo, por razones prácticas y de interés social esta entidad puede delegar, para el caso en el Ministerio del Medio Ambiente, la administración de esas islas por ser ésta la entidad que administra el Parque Nacional Los Corales del Rosario y cuenta, además, con una dependencia especializada que se denomina Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales”<sup>205</sup>.

La Sala de Consulta y Servicio Civil también conceptuó acerca de la imposibilidad de titular propiedades colectivas a favor de grupos comunidades afrocolombianas en dichos territorios, por cuanto *“al tener la calidad de bienes baldíos reservados, o baldíos de reserva de la Nación, los predios de las Islas del Rosario, entre las que se cuenta la Isla Grande, no son adjudicables y por consiguiente, no es factible para el INCODER la adjudicación de la propiedad colectiva de algunos de ellos, a una comunidad negra, que la solicite con base en la ley 70 de 1993”*<sup>206</sup>.

204 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de octubre de 1989, Exp. 805, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Cf., también, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, Exp. 37258, C.P. Enrique Gil Botero.

205 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de mayo de 1998, Exp. 1101, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

206 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de marzo de 2007, Expediente 1814, C.P. Gustavo Aponte Santos.

## Bienes del Estado. Uso y explotación del espectro electromagnético



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 14/08/2008

Radicado: 11001-03-26-000-1999-00012-01 (16230)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 07/03/1994

El artículo 43 de la aludida Ley 182, modificado por el artículo 8° de la Ley 335 de 1996, norma vigente al momento de ser expedido el Acuerdo demandado, señaló expresamente lo siguiente:

“Artículo 43. Régimen de prestación del servicio de televisión por suscripción. A partir de la presente ley **la Comisión reglamentará** las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, **los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse**. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto”<sup>207</sup> (negritas fuera del texto original).

Precisando el alcance de esta disposición, se tiene que por virtud de las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, se otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la facultad de señalar los requisitos para acceder a la televisión por suscripción, entendida como *“la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, que está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”* (letra b) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995). Tratándose del servicio público de televisión, la exigencia de concesión para la prestación del mismo se encuentra justificada en la circunstancia de que el artículo 75 constitucional exige la intervención del Estado de cara a impedir la consolidación de prácticas monopolísticas en relación con el uso del espectro electromagnético. Dispone lo siguiente el precepto constitucional en cuestión: “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

207 Artículo modificado por el artículo 8° de la Ley 335 de 1996.

Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso espectro electromagnético". La anotada exigencia constitucional ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

"... si se trata de contratación estatal, en la cual el objeto consista en la exploración o explotación de bienes del Estado, la situación jurídica del particular deberá ceder al interés público y social cuando ello sea necesario para la debida aplicación de la ley expedida con fundamento en intereses de esa índole, pues así lo dispone la Carta Política en forma reiterativa."<sup>208</sup>(...) Es decir, que en tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo. El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión." (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

---

208 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994.

## Bienes del Estado. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 27/01/2016

Radicado: 47001-23-31-000-1995-04133-01 (28210)

Ponente: Hernán Andrade Rincón



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 18/06/2014

Radicado: 2154

Ponente: Álvaro Namén Vargas

La Sala de Consulta y Servicio Civil también acogió este acercamiento al derecho de los bienes públicos en el derecho nacional; así, en concepto del 18 de junio de 2014, tras un extenso recuento del régimen constitucional de los bienes públicos en las diferentes constituciones políticas y nacionales, se expuso lo siguiente:

“En este orden de ideas se puede afirmar que, por regla general:

- “i) El artículo 102 de la Constitución, según el cual el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación, prevalece sobre todas las normas.
- “ii) El título de la propiedad del Estado sobre sus bienes surge directamente de la Constitución y se desarrolla en la ley.<sup>209</sup>
- “iii) Todos los bienes del Estado tienen por esa razón, una protección especial a su propiedad, se insiste, de rango constitucional, a saber: son imprescriptibles, es decir, no se pueden adquirir por prescripción; de estos

209 Código de Recursos Naturales:

“Artículo 83º.- Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: // a.- El álveo o cauce natural de las corrientes; // b.- El lecho de los depósitos naturales de agua; // c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres; // d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; // e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; // f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas.”; “Artículo 85º.- Salvo los derechos adquiridos, la Nación se reserva la propiedad de aguas minerales y termales y su aprovechamiento se hará según lo establezca el reglamento.”; “Artículo 168º.- Las pendientes son recurso natural utilizable para generar energía, distinto e independiente del suelo y de las aguas, cuyo dominio se reserva la Nación, sin perjuicio de los derechos adquiridos.” // “Artículo 169º.- Sin perjuicio de derechos adquiridos, la Nación se reserva el dominio y el uso de la energía hidráulica que pueda ser desarrollada por la combinación de aguas y pendientes, aunque aquellas estén concedidas o se hallen afectadas a otros usos. // Así mismo, la Nación se reserva el dominio de la energía que pudiere llegar a generarse con las corrientes marinas o con las mareas, sin perjuicio de derechos adquiridos.”

bienes, los bienes de uso público y los bienes destinados a un servicio público son inembargables<sup>210</sup> y en principio son inalienables salvo las excepciones que introduzca el legislador para ciertas categorías de bienes, de ahí que algunas están dentro del comercio.

“iv) De acuerdo con lo anterior, el Estado puede disponer de los bienes que están dentro del comercio de conformidad con los procedimientos y las limitaciones que le imponga la ley. Normalmente son los que están dentro del patrimonio de las entidades y coinciden con los conocidos comúnmente como fiscales. Sobre los que no están dentro del comercio en virtud de su naturaleza (playas, ríos, lagos, parques naturales, etc.) o de su afectación (puentes, puertos, etc.), el Estado sólo podrá ejercer su derecho de propiedad para gestionarlos, explotarlos económicamente, conservarlos y administrarlos.

“En suma, puede afirmarse que ‘si el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación’<sup>211</sup> y que ‘son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño’<sup>212</sup>, la titularidad de los bienes del Estado surge directamente de la Constitución y de la ley, por lo cual, en principio, no es necesario que para ellos exista un registro público para demostrar la propiedad, puesto que la ley se presume conocida por todos. Registro que si resulta necesario para los bienes de los particulares quienes en consonancia con los anteriores

---

210 Dispone el artículo 684 del C.P.C. que además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse los de uso público, los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos, pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. Tampoco son embargables las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios; las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnización sociales; ni los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas.

211 *Artículo 102 de la Constitución.*

212 *Artículo 675 del Código Civil.*

postulados, deben probar su propiedad bajo un régimen que involucra la conjunción del título y modo en su adquisición<sup>213</sup> y un sistema de registro público inmobiliario.

“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. 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<sup>214</sup>. Así podrá ser administrado, según dicho interés,

---

213 La propiedad privada de un inmueble se consolida con el título y el modo: i) El título –constitutivo o traslativo de dominio–, entendido como la forma jurídica de concretar alguna de las fuentes de obligaciones: la venta, la permuta, la donación, un aporte social, una sentencia judicial, un acto administrativo, o la ley. ii) El modo, consistente en la entrega efectiva de las cosas: ocupación, accesión, tradición, sucesión, y prescripción o usucapión.

La jurisprudencia nacional ha sido unívoca al respecto: El 28 de abril de 2010 mediante la sentencia 05001-23-26-000-1995-00565-01(18615), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que para efectos del reconocimiento de perjuicios se debía acreditar la propiedad a través del título y el modo, o en su defecto la posesión, según la calidad que quisieran alegar como perjudicados con los hechos allí debatidos. En la sentencia No. 19001-23-31-000-1995-02012-01(18155) expedida el 9 de junio de 2010, se reiteró la posición anterior al afirmar que la tradición de los derechos reales constituidos sobre inmuebles se realiza con la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2004, realizó la diferenciación de los conceptos de título y modo y afirmó que cuando se trata de demostrar la propiedad, ninguno de los dos elementos puede ser suplido por otro medio probatorio. El 28 de septiembre de 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el tema dentro del expediente N° 1523831030032001-00002-01 y al efecto realizó una síntesis cronológica de los pronunciamientos de la Corporación en procesos de reivindicación, caso frente al cual son precisamente los títulos y el ejercicio de dicho derecho los que deben destruir la presunción que se aduce a la posesión. De acuerdo con la jurisprudencia citada, se puede afirmar que ésta ha sido consistente en señalar que: i) En tratándose de inmuebles su prueba debe consistir en la demostración de la existencia del título y el modo. ii) Que dependiendo de las pretensiones de la demanda (reivindicatorias, posesorias, indemnizatorias), el estudio de los documentos o medios de prueba revestirá análisis diferentes.

214 Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: Historia, Clasificación, Régimen Jurídico. p. 223: *“Para que este nuevo enfoque sea posible, es necesario racionalizar el régimen de los bienes públicos y establecer criterios de protección. Es un análisis en dos tiempos, que implica encontrar los fundamentos del régimen de protección de los bienes públicos. Es posible encontrar dos razones para explicar esta protección: ya sea que se busque proteger las características intrínsecas del bien – un bien de interés cultural, un humedal o cualquier otro bien ambiental – o que se persiga la protección de las funciones administrativas que realizan a través de estos bienes – el caso de los edificios públicos es un buen ejemplo de esto. Salvo que exista una afectación especial, la finalidad aquí es la protección de la continuidad del servicio público y no del bien inmueble que es solamente, el medio físico para la prestación de un servicio público. // El criterio esencial, para diferenciar los dos casos en referencia es la irremplazabilidad del bien: Solamente en presencia de un bien irremplazable habrá necesidad de una*

por la entidad del Estado que por su perfil y organización sea el más adecuado<sup>215</sup>.

“Como la afectación conlleva el rango de acción que tiene el Estado para disponer de los bienes, según la naturaleza del bien<sup>216</sup> y el interés público<sup>217</sup> que sobre el bien recaiga, podrá conservar la propiedad o desafectarla para disponer de ella y enajenar el bien.<sup>218</sup>”

“En consecuencia, se puede afirmar que directamente la Constitución y la ley se ocuparon de los bienes públicos y desde allí se distinguen sistemas o

---

*protección completa a nivel de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Sin embargo, más allá de esta definición legislativa es posible encontrar una definición material de los bienes de uso público.”*

215 Según el caso, cada entidad territorial determinará la afectación que da a sus bienes según lo indiquen las necesidades públicas de acuerdo con los principios constitucionales: Ver artículos 300 y 313 de la C.P.

216 Público por naturaleza, como los ríos, las playas o el mar, o público por decisión administrativa, como las vías, las plazas o parques definidos así por el Plan de Ordenamiento Territorial.

217 Bien de conservación arquitectónica o de interés o conservación ecológica.

218 En el ámbito local la Ley 9ª de 1989 permite que se cambie la destinación de uso público de los bienes, con autorización de los consejos a iniciativa del alcalde, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes. Así la Ley 9 de 1989 en su Artículo 6º, señala que: “*El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo interdepartamental, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.*” Del mismo modo el artículo 9º de la Ley 388 de 1997 señala que el plan de ordenamiento territorial – POT- es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal y lo define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Lo anterior, con fundamento en las pautas de la referida ley, entendidas como normas de superior jerarquía en los respectivos ámbitos de competencia territorial, dirigidas a: i) la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales, la prevención de amenazas y riesgos naturales; ii) a la conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente; iii) señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia; y i) los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal. De este modo, corresponde a los municipios, a través del Consejo Municipal, definir en el POT el grado de afectación de los bienes ubicados dentro de su territorio. Tal decisión determinará el régimen jurídico que debe aplicársele al bien inmueble respectivo con consecuencias directas como la posibilidad de enajenación o conservación, responsabilidades en su mantenimiento, según el caso. Actualmente el procedimiento para la enajenación, una vez se haya producido la desafectación, es el de selección abreviada de conformidad con el Título II del Decreto 1510 de 2013 “*Enajenación de Bienes del Estado*”.

regímenes que diferencian el ejercicio de la propiedad de dichos bienes y su respectiva acreditación, según el caso.

“Para los bienes privados el ordenamiento jurídico utilizó, al amparo del justo título<sup>219</sup> y su combinación con el modo, el sistema de registro de la propiedad por parte de un particular y para los bienes fiscales -bienes que hacen parte del patrimonio de las entidades públicas-, que se ha entendido que se comportan igual a este régimen, con algunas particularidades propias asociadas al interés general.<sup>220</sup>”

---

219 Código Civil. Artículo 765. Justo título. El justo título es constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. // Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición. // Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión. // Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes no forman un nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado constituyen un título nuevo.

220 Es por esto que, por ejemplo, para la adjudicación de bienes baldíos, las normas de registro de instrumentos públicos señalan que para abrir un folio de matrícula inmobiliaria sobre dichos bienes es necesario que exista un acto administrativo ejecutoriado proferido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), o quien haga sus veces; es decir, un pronunciamiento del Estado mediante el cual manifiesta la decisión voluntaria de que la propiedad de uno de sus bienes se transfiera a los particulares bajo ciertas condiciones y por razones de interés general (en el caso concreto la promoción del acceso a la propiedad privada), quienes como se dijo anteriormente, sí necesitan de la publicidad del registro para probarla. La Ley 1579 de 2012 señala: *“Artículo 57. Apertura de matrícula inmobiliaria de bienes baldíos. Ejecutoriado el acto administrativo proferido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), o quien haga sus veces, procederá la apertura de la matrícula inmobiliaria que identifique un predio baldío a nombre de la Nación - Incoder, o quien haga sus veces. // En el caso en que dichos bienes baldíos, se encuentren ubicados dentro de las áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, se procederá con fundamento en el acto administrativo proferido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o quien haga sus veces a la apertura de la matrícula inmobiliaria a nombre de la Nación - Parques Nacionales Naturales de Colombia. En este último caso, y atendiendo a las normas que regulan el derecho de dominio en dichas áreas protegidas, Parques Nacionales Naturales de Colombia deberá adelantar este trámite para todos los bienes ubicados al interior de estas áreas, dejando a salvo aquellos que cuenten con títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias y que se encuentren debidamente inscritos en el registro inmobiliario. // En caso de que se encuentren debidamente registrados títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias, dentro de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá solicitar la inscripción de la limitación de dominio en la matrícula inmobiliaria de cada predio. // Parágrafo. La apertura del folio de matrícula, así como las inscripciones a que haya lugar se harán de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para tal fin.”*

“De acuerdo con lo expuesto, se concluye que: i) el Estado es propietario de distintas categorías de bienes tal como lo disponen la Constitución y la ley; ii) sobre ellos puede disponer de la misma manera que lo hacen los particulares, teniendo como límite el grado de afectación al uso o servicio público del bien en cada caso concreto, lo cual determina que esté dentro o fuera del comercio; iii) dadas las singularidades históricas de los bienes públicos, no es posible, en principio, exigir como prueba de su propiedad un título distinto a la Constitución o la ley, lo cual no significa por supuesto, que si el bien está registrado como los de los particulares, o se adquiere por compraventa para hacer parte del patrimonio de alguna entidad o para afectarlo al uso de todos, no le sirva este registro como prueba de propiedad para ratificarla”<sup>221</sup>.

### Bienes del Estado y bienes públicos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 11/11/1999  
 Radicado: CE-SEC1-EXP1999-N5286  
 Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 28/06/1995  
 Radicado: 697  
 Ponente: Javier Henao Hidrón

En esencia, el cargo de violación atribuido al decreto acusado radica en que el Presidente de la República desbordó la potestad reglamentaria de la cual se encuentra investido a través del artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, en la medida de que permite que los bienes de uso público, esto es, aquéllos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio puedan ser dados en arrendamiento, lo cual, a juicio de la parte actora y de la coadyuvante, teniendo en cuenta la norma reglamentada, sólo es predicable respecto de los bienes fiscales, es decir, de aquéllos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

221 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Expediente: 2154, C.P. Álvaro Namén Vargas.

Sobre el particular, esta Corporación considera que no les asiste razón a la parte actora y a la coadyuvante de la demanda, pues ni del texto de la norma reglamentada, ni del de la norma reglamentaria, se desprende que respecto de los bienes que pueden ser dados en arrendamiento o administración para ser destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte incluyan los bienes de uso público, ya que de acuerdo con las mismas, los bienes que para tales efectos se pueden destinar son los **bienes fiscales**. En consecuencia, al consagrar el decreto demandado que para los fines del artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 se pueden entregar en arrendamiento o administración bienes de su propiedad, refiriéndose al Distrito y a sus entidades descentralizadas, no desborda el marco de la norma que reglamenta, pues los bienes de su propiedad son, precisamente, los fiscales.

(...) De otra parte, la Sala rectifica la posición asumida en el auto que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el sentido de que se pueden entregar en arrendamiento o administración los bienes de uso público para los efectos previstos en la norma demandada, pues, no obstante que le asistió razón en cuanto afirmó que el entregar en arrendamiento o administración dichos bienes no implica su enajenación, lo cierto es que la norma reglamentada sólo permite que se puedan dar en arrendamiento o en administración los bienes de su propiedad, es decir, los bienes fiscales, previsión que acoge la norma reglamentaria. En consecuencia, la Sala considera que el acto demandado no transgrede los artículos 674 y 678 del Código Civil y 63 y 82 de la Carta Política, los cuales prescriben, en su orden, que los bienes de uso público son aquéllos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público, dado que, se insiste, tanto el artículo 174 que se reglamenta, como el inciso demandado, no apuntan hacia los bienes en cuestión, sino a los bienes fiscales, especie una y otra que hacen parte de los bienes de la Unión, y respecto de los cuales la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto núm. 697 de 28 de junio de 1995, Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón, precisó:

“Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos

pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público”.

### Bienes de uso público. Dominio de las carreteras



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 28/09/2012

Radicado: 17001-23-31-000-1996-03077-01 (21451)

Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 23/12/2005

Radicado: 2005-01694-00 (1694)

Ponente: Gustavo Aponte Santos

Como primera medida es preciso indicar que la red vial nacional, de la cual hace parte la variante denominada “*Chinchiná-El pollo*”, constituye un bien de uso público de propiedad de la Nación, que ésta ejerce a través del Instituto Nacional de Vías. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación conceptuó:

“Ya se explicó que el titular del derecho de dominio de las carreteras nacionales es la Nación. Sin embargo, es claro que el ejercicio de ese derecho de dominio no lo realiza ella directamente, sino a través de aquellos organismos o entidades que las leyes señalen para representarla y que en el caso de la red vial nacional es, hoy en día, el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte. En efecto, el ejercicio en nombre de la Nación del derecho

de dominio de las carreteras nacionales, por parte de INVIAS, se infiere básicamente, de las siguientes normas:

- 1) La ley 64 de 1967 creó, en el artículo 1º, el Fondo Vial Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, como el ente “encargado de atender a los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales”, entre otros objetivos.
- 2) El decreto 2862 de 1968, reglamentario de la ley anterior, acorde con los lineamientos de la reforma administrativa del 68, lo califica como un establecimiento público y le asigna en el artículo 4º, una serie de funciones a desarrollar directamente o mediante contratos, referentes a las carreteras nacionales, tales como la realización de estudios, la ejecución de obras, la construcción, el mantenimiento y mejoramiento de vías, la adquisición de predios, la compra de maquinaria, equipos, materiales, etc.
- 3) El decreto ley 2171 de 1992, expedido en uso de las atribuciones conferidas al Presidente de la República por el artículo 20 transitorio de la nueva Constitución, reestructuró el Fondo Vial, cambiándole la denominación por la actual de Instituto Nacional de Vías –INVIAS (art. 52) y dándole como objetivo la ejecución de las políticas y proyectos relacionados con “la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras” (art. 53). Como se vio, dicha infraestructura fue claramente determinada mediante el artículo 12 de la ley 105 de 1993. El artículo 54 del mencionado decreto ley 2171, confería al INVIAS una serie de facultades relacionadas con la infraestructura vial de su competencia, expresión con la cual se aludía ciertamente a la de la Nación, como se menciona en el artículo 53.
- 4) Posteriormente, en el año 2003, cuando se reestructuró el sector transporte, los decretos 1800 y 2056 ordenaron a INVIAS transferir al INCO la infraestructura relacionada con los contratos de concesión que hubiera celebrado.

Del conjunto de estas normas se desprende que ellas asignaron al Fondo Vial Nacional, originalmente, y luego a INVIAS, la ejecución de las obras de las carreteras nacionales y la administración de éstas, de manera que en la actualidad ese establecimiento público es quien ejerce el derecho de

dominio sobre tales vías, en nombre de la Nación. Es bueno precisar además, que el contenido del ejercicio del derecho de dominio por parte de INVIAS, comprende solamente las facultades de administración de dichos bienes, mas no las de disposición, por cuanto la naturaleza de los mismos les confiere el carácter de inalienables, conforme quedó explicado<sup>222</sup>.

...Es importante evidenciar que la Sala también ha puntualizado que, tratándose de daños ocasionados con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2171 de 1992, como en este caso, derivados de la inadecuada ejecución de las obras de infraestructura, la responsabilidad radica en el Instituto Nacional de Vías, toda vez que es quien ejecuta las obras de infraestructura vial<sup>223</sup>. Lo expuesto permite inferir, tal como lo hizo el *a quo*, que es el Instituto Nacional de Vías y no la Nación-Ministerio de Transporte la entidad legitimada en la causa para ser llamada a responder patrimonialmente por los daños sufridos por los demandantes, en tanto la muerte del señor Guillermo Arturo Castaño Arango se produjo en el marco de la ejecución de una obra de infraestructura vial nacional.

### Bienes de uso público y la capitania general de puertos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 18/07/2012  
Radicado: 13001-23-31-000-1996-10971-01  
Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 1995  
Radicado: 745  
Ponente: Javier Henao Hidrón

No cabe duda acerca de la competencia de la DIMAR para adelantar investigaciones como las que dieron origen a la presente demanda en ejercicio del artículo 85 C.C.A. Es así como esta Sala mediante sentencia d e julio 11 de 2003, Radicado 8326, Magistrada Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, señaló lo siguiente:

222 Concepto de 23 de noviembre de 2005, radicado 2005-01694-00, actor: Ministerio de Transporte, M.P. Gustavo Aponte Santos

223 Sentencia de 28 de julio de 2011, expediente 20112, actor: Julia Esther Basto León y Otros, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“La parte actora considera que no es competencia de los Capitanes de Puerto ordenar la restitución de bienes de uso público, pues esta es función de policía que está en cabeza de los alcaldes tal como lo señala el artículo 132 del Código Nacional de Policía que dice: *“Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador”*. Para la Sala, en tratándose de áreas de bajamar, playas y en orillas de ríos, la competencia para ordenar la restitución de dichos bienes a la Nación no sigue los lineamientos generales de la norma antes transcrita, pues, como ya se anotó, existe norma especial al respecto. Por ello, entiende la Sala que lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el sentido de:

“Específicamente para los bienes de uso público, el Código Nacional de Policía o Decreto - ley 1355 de 1970, establece una acción restitutoria que se ejerce ante los alcaldes, quienes, en ejercicio de la función de policía, procederán a dictar la correspondiente resolución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días; contra la misma procede el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación para ante el gobernador (ibídem, art. 132). Esta acción de amparo respecto de los bienes de uso público, tiene, desde luego, antecedentes en diversas normas de orden constitucional y legal. Entre las primeras es pertinente mencionar los artículos 4º, 30 y 183 de la Carta Política de 1886 y entre las segundas, el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913, reglamentado por el Decreto 640 de 1973; de conformidad con este decreto, “es un deber de los alcaldes y gobernadores proceder de oficio, inmediatamente que tengan conocimiento de la ocupación que, en cualquier tiempo, se haya hecho de zonas de vías públicas, urbanas o rurales, a dictar las providencias conducentes a la correspondiente restitución” (art. 5º), disposición que es aplicable también “En el caso de restitución de los demás bienes de uso público” (ibídem, art. 7º). Por lo demás, el Código de Régimen Municipal expedido mediante el Decreto 1333 de 1986 dispone

que toda ocupación permanente de las vías, puentes y acueductos públicos es atentatorio de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables (ibídem, art. 170 inciso segundo), y asigna al personero la atribución de “demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público” (ibídem, art. 139, regla 7ª). (Sala de Consulta y Servicio Civil. 1995. Rad. 745).

No sirve de sustento para alegar la incompetencia de las Capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima para adelantar las actuaciones administrativas tendientes a la recuperación de los bienes bajo su vigilancia. (...) Como consecuencia de lo anterior, se declara que “el terreno de aluvión formado adyacente al lote de propiedad de la sociedad Osorio y Puccini Ltda. (...) es un bien de uso público de la Nación...”. Se ordena a dicha sociedad, la restitución de este terreno a la Nación.” (subrayas fuera de texto)

Además del anterior marco legal y jurisprudencial, la Sala no sólo se ha limitado a señalar la competencia de la DIMAR para conocer y adelantar este tipo de investigaciones a nivel administrativo, sino que también le ha reconocido competencia para recuperar, mediante acto administrativo unilateral, los bienes de uso público de su jurisdicción tal y como lo ordenaron las resoluciones objeto de la presente demandada.

### Bienes de uso público. Rondas hidráulicas.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 29/04/15  
Radicado: 25000-23-26-000-00708-01 (29175)  
Ponente: Danilo Rojas Betancourth



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 26/07/07  
Radicado: 1825  
Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Sobre el tema específico de las rondas hidráulicas, el 26 de julio de 2007 la Sala de Consulta se pronunció en sentido similar al reseñado al resolver una consulta referen-

te a la adjudicación de unos terrenos riberaños<sup>224</sup>. En dicha ocasión se planteaba si el fenómeno de aluvión, consagrado por el Código Civil, podía ser una forma de accesión y, por lo tanto, un modo de adquirir el dominio. Al responder el interrogante, la Sala de Consulta analizó específicamente el régimen jurídico de las rondas hidráulicas:

Se tiene, pues, que por expreso mandato legal, a partir del 18 de diciembre de 1974, las aguas, las superficies por donde se conducen, sus playas, y una faja de hasta treinta metros de ancho paralela al cauce, pasaron a ser bienes del dominio público del Estado, inalienables, imprescriptibles y no adjudicables. La consecuencia evidente del aserto anterior consiste en que dicho terreno llamado de aluvión es de dominio público, inalienable e imprescriptible; que no puede convertirse en propiedad privada mediante el fenómeno de la accesión dado que es inalienable, esto es, que está por fuera del comercio y por lo mismo no es objeto de apropiación ni negociación entre particulares<sup>225</sup>. Ahora bien, el dominio público y las características inherentes a éste, permiten ubicar los bienes relacionados en el mismo artículo 83, y por ende, los terrenos de aluvión, en la categoría de bienes de uso público que junto con los bienes fiscales, integran en el código Civil los bienes de la Unión, y que entre sí se diferencian por su uso y por el significado y alcance del derecho de propiedad que en uno y otro caso ejercen la Nación y las demás entidades públicas respecto de ellos<sup>226</sup>.

Los bienes de uso público, salvo disposición especial en contrario, están destinados a ser usados por todas las personas, sin necesidad de permiso o autorización especial; por excepción puede autorizarse su ocupación, para satisfacer necesidades particulares o de la colectividad, sin que, en ningún caso pueda modificarse su titularidad. De acuerdo con el código Civil<sup>227</sup> y

---

224 Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de julio de 2007, rad. 1825, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

225 [5] *En el mismo sentido puede verse la literatura jurídica sobre el particular.*

226 [6] C. Civil, Art. 674: "Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. / Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales."

227 [7] C. Civil, Art. 679: "Nadie podrá construir sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión."

con la legislación especial que los rige<sup>228</sup>, se requiere en todo caso, “permiso de autoridad competente”, pues es deber del Estado proteger su integridad y el uso común que les es propio<sup>229</sup>. (...)

...cuando los títulos originarios de propiedad particular son posteriores al código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, jurídicamente no es posible que el propietario riberano adquiera la propiedad del terreno de aluvión, y que para la propiedad adquirida con anterioridad, este código respeta los derechos adquiridos, tema éste último que no se analiza en el presente concepto. A partir de esta premisa es claro también que cualquier acto jurídico que verse sobre los terrenos de aluvión, tiene objeto ilícito, por lo que está viciado de nulidad absoluta.

(...) es conveniente advertir que quienes se encuentran en el dominio público son meros ocupantes, carecen del estatus jurídico de poseedores y es obligación de las autoridades proceder a recuperar los terrenos que son de su propiedad.

### Bienes fiscales. Procedimiento para su recuperación.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Fecha: 28/01/15  
Radicado: 47001-23-31-000-2002-00443-01(31612)  
Ponente: Hernán Andrade Rincón (E)



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 1995  
Radicado: 745  
Ponente: Javier Henao Hidrón

Así, por una parte, para los bienes de uso público, se previó un régimen de protección policiva denominado restitución de bienes de uso público, contenido en el Decreto 640 de 1937 y en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, contenido en el Decreto 1355 de 1970, sin embargo, en dichas normas nada se estableció acerca

228 [8] Para el caso, el código de Recursos Naturales, que por ejemplo, en los artículos 99 a 105 y 155, regula los permisos y concesiones para el uso y explotación de cauces y playas.

229 [9] La palabra “permiso” es un término genérico que indica la necesidad de obtener la intervención de una autoridad pública competente que consienta en la ocupación del inmueble para que ésta sea legítima.

de la posibilidad de restituir bienes fiscales, asunto que fue estudiado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual, en concepto de 1999, afirmó:

“En relación con los bienes fiscales, si bien la ley les otorgó desde 1971 el carácter de imprescriptibles, coetánea o subsiguientemente no estableció un procedimiento especial para su protección y eventual restitución, ni remitió tampoco al trámite dispuesto para los bienes de uso público. Por ello la entidad estatal, propietaria de bienes que por estar afectados a la prestación de un servicio público son considerados como fiscales o patrimoniales, deberá acudir a los medios ordinarios que brinda la ley para la defensa, protección o restitución de la propiedad privada. Las acciones serán entonces de carácter policivo o judicial. En este último caso habrá que estudiar la procedencia de acciones tales como la posesoria, la reivindicatoria, y la de tenencia. (...)

“Los bienes fiscales o patrimoniales pertenecen al Estado como una especie de propiedad pública destinada real o potencialmente a la prestación de servicios públicos. Aunque dotados de la prerrogativa de ser imprescriptibles y generalmente inembargables, como norma general se rigen por la legislación común.

En el caso de que bienes fiscales se encuentren en poder de terceras personas, el procedimiento que se debe seguir para su recuperación dependerá de circunstancias de tiempo, modo y hasta de lugar, como que el tratamiento difiere según su situación geográfica, distinguiéndose entre predios urbanos y rurales.

“De manera que, inicialmente, procederán las acciones policivas, por perturbación o por despojo, según el caso. Y con posterioridad, es decir, una vez transcurrido el término de prescripción que la ley establece para el ejercicio de aquéllas, habrá que acudir ante las autoridades judiciales. Las acciones de protección jurisdiccional fueron, tradicionalmente, la posesoria y la de reivindicación o acción de dominio. Hoy en día, dotados los bienes fiscales de la prerrogativa de la imprescriptibilidad, el ocupante de hecho del bien fiscal ya no podrá alegar posesión. A lo sumo se convertirá en un mero tenedor que por ministerio de la ley está reconociendo dominio ajeno. Por ello, en sede jurisdiccional lo pertinente será el ejercicio por la entidad estatal propietaria del bien fiscal, de la acción correspondiente al proceso

de lanzamiento, con fundamento en los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil; en tratándose de bienes agrarios, el lanzamiento por ocupación de hecho compete a los juzgados agrarios como consecuencia de la creación de la jurisdicción agraria por el Decreto - ley 2303 de 1989 y lo preceptuado en sus artículos 2º, numeral 6, 3º y 8º, numeral 2”<sup>230</sup>.

### *Cajas de compensación familiar. Aplicación del Plan General de Contabilidad Pública.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 11/07/2002

Radicado: 11001-03-24-000-2001-0288-01 (7392)

Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 12/03/2001

Radicado: 1375

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Otras sentencias que citan el mismo concepto

11001-03-24-000-2001-0130-01 (7004)

El artículo 7º de la Ley 21 de 1982 “*Por la cual se modifica el Régimen de Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones*” prescribe que están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) la Nación, por intermedio de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias; los departamentos; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta del orden nacional, departamental, distrital y municipal, aportes todos cuya naturaleza es pública y, por ende, independientemente de que quien los administre sea una entidad de derecho privado, como lo son las cajas de compensación, están sometidos a la aplicación del PGCP. Respecto de si los citados aportes pueden considerarse o no una contribución parafiscal, esta Corporación considera que ello no es relevante en el asunto examinado,

230 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 1995, Exp. 745, C.P. Javier Henao Hidrón.

pues lo cierto es que son recursos provenientes de entidades públicas, a los cuales, por tal razón, se reitera, se les aplica el PGCP.

Adicionalmente, se advierte que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 12 de marzo de 2001, radicado bajo el número 1375, Consejero Ponente Dr. Augusto Trejos Jaramillo, dejó establecido que las cajas de compensación familiar, por manejar recursos públicos, esto es los aportes, se encuentran sometidas al control fiscal de las contralorías, lo cual trae como consecuencia que las administradoras de dichos recursos se sujetan al PGCP. En consecuencia, no puede hablarse de violación de los cánones constitucionales, como tampoco de las normas legales citadas en la demanda como tal, pues al Contador General de la Nación le corresponde *“uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país”* (artículo 3º, literal a) de la Ley 298 de 1996), función que ejerció mediante el acto acusado sin extralimitación alguna. De otra parte, la Sala observa que la autonomía que la parte actora predica de las cajas de compensación familiar no es absoluta, dado que las funciones de dichas entidades relativas al recaudo, administración y pago del subsidio familiar, cuyo objetivo fundamental es el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad a sus beneficiarios, comprometen el interés general.

### Certificados de Desarrollo Turístico. Otorgamiento



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 29/07/2013

Radicado: 25001-23-26-000-1998-15972-01 (27228)

Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/12/1996

Radicado: 927

Ponente: Cesar Hoyos Salazar

En criterio reiterado de esta Corporación, a los inversionistas que no alcanzaron a obtener la decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social al 22 de diciembre de 1995, la derogatoria dispuesta por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995 les impidió acceder al otorgamiento del certificado de desarrollo turístico.

Así, la Sala de Consulta y del Servicio Civil expuso que, conforme con la doctrina de los derechos adquiridos, solamente resulta posible proteger a los inversionistas que hubieren alcanzado a obtener la decisión favorable para el otorgamiento del certificado, dado que la derogatoria de que se trata imposibilita tramitar las demás solicitudes<sup>231</sup> -se destaca-:

1.2 Las situaciones presentadas a raíz de la derogatoria. La derogatoria del Decreto 2272 de 1974 afectó las solicitudes de certificados de desarrollo turístico que se hallaban en trámite, generando tres tipos de situaciones que la consulta reseña de la siguiente manera:

- “1. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos arquitectónicos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó igualmente con antelación a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo fiscal, y que fueron presentados a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo para que emitiera su recomendación al Conpes acerca del porcentaje a reconocer, y respecto de los cuales existe aprobación por parte del Conpes.
2. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos arquitectónicos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó igualmente con antelación a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo fiscal, que no alcanzaron a ser presentados a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo para que emitiera su recomendación al Conpes acerca del porcentaje a reconocer.
3. Establecimientos hoteleros construidos, con aprobación de planos impartida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia antes de la expedición de la Ley 223 de 1995, cuya solicitud de entrega de certificados de desarrollo turístico se formalizó y radicó con posterioridad a la derogatoria de las normas en virtud de las cuales se creó ese incentivo

---

231 Cfr., Concepto del 16 de diciembre de 1996, ponente César Salazar Hoyos, radicación n.º 927.

fiscal". Como se aprecia, la derogatoria intervino en distintos momentos de la tramitación de solicitudes de certificados de desarrollo turístico, creando la duda de si es procedente o no su continuación.

1.3 Momento en que surge el derecho a los certificados. Analizadas las normas comentadas de los Decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976, se deduce que el acto constitutivo del derecho para el inversionista de recibir los certificados de desarrollo turístico, es la decisión favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes; el artículo 5° del primer decreto confiere expresamente a tal organismo la competencia para el otorgamiento del beneficio y sus condiciones, dentro de las cuales están el porcentaje y las estipulaciones contractuales (arts. 18 y 19 Decreto 1361/76), pudiendo perfectamente disponer que no se otorgue el beneficio, en razón a que por ejemplo, faltan algunos requisitos o no se han cumplido a cabalidad. Antes no existe propiamente un derecho como tal, sino una mera expectativa de obtener los certificados de desarrollo turístico, lo cual se puede producir o no, según la decisión del Conpes.

La actuación administrativa se inicia con la solicitud presentada por el inversionista y culmina con la decisión del Conpes. Si esta es favorable, se deben realizar los actos de ejecución de la misma, vale decir, la celebración del contrato y la entrega de los certificados al beneficiario. La solicitud de los certificados no genera por sí misma el derecho a recibir estos, sino que da origen a la correspondiente tramitación legal, la cual puede concluir con la obtención de los certificados en el evento de una decisión favorable, pero también puede no tener éxito como cuando la decisión es desfavorable.

El recibo y radicación de la solicitud, la aprobación del estudio de factibilidad económica y de los planos arquitectónicos por parte de la Corporación Nacional de Turismo, la inspección de la obra por esta y la recomendación de la Junta Directiva de la Corporación al Conpes vienen a ser actos preparatorios para la decisión final y por tanto, no constituyen una situación jurídica consolidada bajo la vigencia de la normatividad anterior, que pudiera hacer pensar en que se hubiera configurado un derecho a favor del inversionista solicitante, para exigir la entrega de los certificados.

Situación distinta es la del inversionista que ya cuenta con una decisión favorable del Conpes, puesto que ahí sí se puede hablar de una situación jurídica consolidada, que le genera el derecho a suscribir el contrato correspondiente y a recibir los certificados conforme a la decisión, pues la derogatoria de la Ley 223 de 1995 no puede afectar un derecho irrevocablemente conferido por el organismo competente durante el imperio de la normatividad anterior. La Ley 223 de 1995 no podía entrar a suprimir o desconocer una actuación administrativa cumplida y culminada bajo la vigencia del Decreto 2272 de 1974, que ella derogó, pues si así fuera se le estaría dando efectos retroactivos, lo cual contraviene el principio consignado en el artículo 363 de la Constitución según el cual “Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”. A este respecto conviene recordar la síntesis que hizo Baudry-Lacantinerie acerca de que los derechos adquiridos son “facultades legales regularmente ejercidas”, expectativas “las que no lo han sido todavía”. La síntesis anterior se podría predicar en este caso referido a la autoridad, en relación con la atribución conferida al Conpes por el artículo 5º y concordantes del Decreto 2272 de 1974: si ejerció su facultad legal al amparo de esa normatividad y produjo una decisión favorable, se generó el derecho a favor del particular, si no alcanzó a ejercer esa facultad, existió una expectativa para el particular, no un derecho adquirido.

## 2. LA SALA RESPONDE

2.1 El derecho del inversionista para recibir los certificados de desarrollo turístico surge con la decisión favorable que para el otorgamiento de dichos certificados, su porcentaje y condiciones, adopte el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 5º y 6º del Decreto 2272 de 1974, en concordancia con los artículos 16 a 19 del Decreto 1361 de 1976; para tal fin el inversionista debe suscribir el correspondiente contrato con la Corporación Nacional de Turismo, encargada de hacer entrega de los certificados otorgados. Como la Ley 223 de 1995, en su artículo 285, derogó de manera expresa el Decreto 2272 de 1974, es claro que la mencionada decisión del Conpes se debió producir antes del 22 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual entró en vigencia dicha ley.

2.2 En relación con las solicitudes de certificados de desarrollo turístico que no alcanzaron a ser presentadas a la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, para su recomendación al Conpes, es procedente devolverlas a los interesados, mediante una comunicación en la cual se les informará que la derogatoria del Decreto 2272 de 1974, por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995, hace imposible tramitarlas.

### *Certificados de Desarrollo Turístico. Incentivos tributarios*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 18/10/2001

Radicado: 25000-23-24-000-1998-0131-01 (6509)

Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/12/1996

Radicado: 927

Ponente: César Hoyos Salazar

Los Certificados de Desarrollo Turístico fueron creados por el artículo 70 de la Ley 60 de 1968, como un mecanismo para fomentar la industria turística. Posteriormente, el Decreto núm. 1361 de 1976 les otorgó la naturaleza de “estímulos fiscales para el fomento de las inversiones en establecimientos hoteleros o de hospedaje”, con importancia relevante para el desarrollo de aquel sector. Además del lleno de los requisitos consagrados en el artículo 40 del Decreto núm. 2272 de 1974, el Decreto núm. 1361 de 1976 estableció que para optar al beneficio era menester que el CONPES decidiera sobre esas solicitudes. Una vez impartida esa aprobación, se celebraba un contrato entre el Gobierno Nacional y el beneficiario del incentivo (art. 19 *ibidem*), por medio del cual se señalaban las condiciones para la obtención del certificado y las obligaciones que asumía éste, dentro de las cuales se establecía la necesidad de que las obras estuvieran debidamente concluidas y entregadas conforme con la autorización expedida por la Corporación Nacional de Turismo. Se surtía, entonces, un trámite administrativo que se iniciaba con la presentación de la solicitud del beneficio tributario y concluía, según se ha visto, con la firma del contrato a que aludía el artículo 6 del Decreto núm. 2272 de 1974. Debían cumplirse así una serie de actuaciones administrativas y proferirse las decisiones correspondientes, tendientes a impulsar el procedimiento hasta cuando ocurriera la señalada culminación. El derecho a obtener

el incentivo tributario se consolidaba, en palabras de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (Consulta núm. 927 de 16 de diciembre de 1996, Consejero Ponente: Dr. César Hoyos Salazar), así:

“Analizadas las normas comentadas de los decretos 2272 de 1974 y 1361 de 1976, se deduce que el acto constitutivo del derecho para el inversionista de recibir los certificados de desarrollo turístico, es la decisión favorable del Consejo de Política Económica y Social -CONPES.; el artículo 5º del primer decreto confiere expresamente a tal organismo la competencia para el **otorgamiento** del beneficio y sus condiciones, dentro de las cuales están el porcentaje y las estipulaciones contractuales (arts. 18 y 19 decreto 1361/76), pudiendo perfectamente disponer que no se otorgue el beneficio, en razón de que por ejemplo, faltan algunos requisitos o no se han cumplido a cabalidad.

“Antes no existe propiamente un derecho como tal, sino una mera expectativa de obtener los certificados de desarrollo turístico, lo cual se puede producir o no, según la decisión del CONPES. La actuación administrativa se inicia con la solicitud presentada por el inversionista y culmina con la decisión del CONPES. Si ésta es favorable, se deben realizar los actos de ejecución de la misma, vale decir, la celebración del contrato y la entrega de los certificados al beneficiario”.

## Control fiscal



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 10/05/2007

Radicado: 25000-23-24-000-2003-00182-01

Ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 04/08/2003

Radicado: 1522

Ponente: Flavio Rodríguez Arce

Otras sentencias que citan el mismo concepto

25000-23-27-000-2008-00064-01

El acto acusado fue expedido en ejercicio del control fiscal que las mismas le otorgan a la Contraloría General de la República, por cuanto dicha sanción está

prevista para actos, hechos u omisiones relacionados directamente con la gestión fiscal, es decir, con el manejo de bienes o fondos del Estado, lo cual implica entre sus elementos o supuestos específicos, un sujeto pasivo cualificado y un objeto, que es justamente la gestión fiscal. Son dos, entonces, los conceptos allí involucrados: El de control fiscal y el de gestión fiscal. Sobre el primero, siguiendo el pronunciamiento más reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, se tiene la siguiente delimitación de ese concepto:

“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<sup>232</sup>, 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.)”<sup>233</sup>.

---

232 El artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia se precisó que “...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”. ( Gaceta Constitucional 59, jueves 25 de abril de 1991 )

233 Concepto Núm. 1522 de 2003, de 4 de agosto de 2003, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consejero ponente doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce.

## Enajenación de la propiedad accionaria del Estado. Intervención de la Defensoría del Pueblo



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Cuarta  
Fecha: 10/09/2015  
Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025)  
Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 28/07/2005  
Radicado: 1663  
Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Sobre el alcance de la intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria de la Nación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que se trata de una intervención dirigida a meramente hacer recomendaciones, tendientes a garantizar transparencia y publicidad, respetando la discrecionalidad de la respectiva entidad para decidir el momento de la enajenación y los procedimientos que lleven a cabo ese cometido. Así se deduce de estos apartes del concepto del 28 de julio de 2005:

(...) 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.

Como quiera que las recomendaciones tienen implícita la protección de derechos constitucionalmente reconocidos, es viable que la Defensoría dentro de su poder de crítica y observación, pueda recomendar a las entidades responsables del diseño -Ministro titular o a aquél al que estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público- la adopción de medidas que considere necesarias para garantizar la transparencia del proceso de enajenación que finalmente apruebe el Consejo de Ministros y adopte el Gobierno mediante decreto.

Aunque de acuerdo con el parágrafo del artículo 7 la intervención de la Defensoría se establece para la etapa previa a la aprobación del programa de enajenación, si durante el seguimiento de la ejecución del programa de enajenación, el Defensor del Pueblo considera que no se está garantizando el derecho de participación y que se amenaza el propósito democratizador del mismo, está facultado para interponer las acciones populares que considere pertinentes y poner en conocimiento de los órganos de control la situación para que éstos a su vez asuman las investigaciones a que hubiere lugar o soliciten la nulidad de los contratos que se suscriban en desarrollo de la operación -artículo 15 de la ley 226 de 1995<sup>234</sup>.

### *Impuesto a las Ventas de IVA. Régimen especial*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Cuarta

Fecha: 12/08/2014

Radicado: 76001-23-31-000-2009-00097-01 (19808)

Ponente: Carmen Teresa Ortiz



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 08/07/2006

Radicado: 1751

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Ahora bien, el Decreto 522 de 2003 se expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria que establece el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, ejercida sobre la Ley 788 de 2002, cuerpo legal que se une al régimen fiscal colombiano para integrar su regulación tributaria.

Se trata de una normativa especial en materia de tarifa y base gravable para servicios en particular, respecto de la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado anotó en Concepto 1751 del 8 de julio de 2006:

“El numeral 2° del artículo 52 de la Ley 863 de 2003 contiene un régimen especial del Impuesto a las Venta de IVA con las siguientes características:

234 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto del 28 julio de 2005. M.P Luis Fernando Álvarez. Radicado 1663

- a) En cuanto a los hechos generadores o actividades gravadas: son solamente los servicios de aseo y los de vigilancia aprobados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, y los servicios temporales de empleo prestados por empresas autorizadas por el Ministerio de la Protección Social;
- b) En cuanto a la tarifa: prevé una especial del 10 %, menor a la general del 16%;
- c) En cuanto a la base gravable del impuesto: circunscrita a los conceptos de administración, utilidad e imprevistos (AIU) que componen la remuneración, y en consecuencia se excluyen los rubros diferentes a estos;
- d) En cuanto al sujeto: comprende a quienes presten los servicios mencionados, y lo extiende a las cooperativas de trabajo asociado..."

### Impuesto de juegos permitidos. Destinación



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Cuarta

Fecha: 30/08/2016

Radicado: 05001-23-31-000-2005-05531-01(21834)

Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 30/03/1993

Radicado: 495

Ponente: Jaime Betancur Cuartas

Frente al **impuesto de juegos permitidos** previsto en las normas antes analizadas y su vigencia a partir de lo establecido en la Ley 10 de 1990 y el artículo 336 CP, la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto 495 del 30 de marzo de 1993, puntualizó que:

- « 10) De todo lo anterior se concluye, que el impuesto sobre el valor de las boletas o tiquetes de apuesta de toda clase de juegos permitidos, cedido por la Nación a los Municipios y al Distrito Capital, tiene el carácter de renta sin destinación específica porque aunque la finalidad inicial para la cual se creó era el servicio de la deuda por los gastos de la guerra con el Perú, al ser restablecido en el año 1946 no se le dio destinación específica.
- 11) De otra parte, la Ley 10 de 1990, determina que el servicio público de salud será de cargo de la Nación que para obtener ingresos explotará como

monopolio todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes a las loterías y apuestas permanentes existentes (art. 1º y 42 Ley 10 de 1990).

- 12) **De manera que las rentas obtenidas por la Nación en razón de la explotación de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, se deben destinar al sector salud (Art. 336, inc. 4º de la Constitución Nacional). Y el impuesto creado sobre el valor de las boletas o tiquetes de apuestas de toda clase, constituye una renta de los municipios beneficiados y del Distrito Capital, sin destinación específica.**
- 13) **De todo lo anterior se deduce, que el tributo mencionado está vigente y es de propiedad exclusiva de las entidades territoriales mencionadas, y, por lo mismo, es a los Concejos de estas entidades a los que corresponde regular lo concerniente a este gravamen** (art. 338 C.N.)». (Negrillas fuera de texto)

Con base en lo anterior, se distinguen dos pagos que recaían sobre la explotación de juegos y azar, por una parte, el impuesto sobre juegos de suerte y azar que fue cedido a los municipios mediante la Ley 33 de 1968, el cual no perdió vigencia con la expedición de la Ley 10 de 1990 modificada por la Ley 100 de 1993 y, de otra parte, lo pagado por concepto de los derechos por la explotación del monopolio

### *Derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 30/10/2008  
Radicado: 25000-23-27-000-2004-00671-01  
Ponente: Rafael Ostau De Lafont Pianeta



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 08/07/1996  
Radicado: 829  
Ponente: César Hoyos Salazar

Para efectos de definir la presente controversia es necesario examinar un aspecto que resulta trascendental, cual es determinar si cuando la demandante formuló la solicitud de liquidación oficial de corrección de las declaraciones de importación y la devolución de lo pagado en virtud de las normas declaradas inexecutable, la situación jurídica correspondiente se encontraba o no consolidada. Para ello resulta útil recabar

la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, sobre los conceptos de derecho adquirido y situación jurídica consolidada y su diferencia con la mera expectativa. Así, en Concepto del 8 de julio de 1996, expediente N°829, Magistrado Ponente Dr. César Hoyos Salazar de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación señaló:

“Por derecho adquirido, conocido también como situación jurídica concreta o subjetiva, han entendido la jurisprudencia y la doctrina aquel derecho creado y definido bajo el imperio de una ley, que por lo mismo ha ingresado y forma parte del patrimonio de una persona. Como mera expectativa, igualmente denominada situación jurídica abstracta u objetiva, se ha considerado aquella situación en la cual el texto legal que la ha creado **aún no ha concretado o definido sus efectos** en favor o en contra de una persona. Estas dos nociones son opuestas. Mientras una nueva ley no puede vulnerar o desconocer los derechos adquiridos con arreglo a lo anterior, **las meras expectativas o esperanzas de lograr los efectos de un texto legal pueden resultar fallidas o pospuestas, en virtud de una modificación que ordene discrecionalmente el legislador.** Así se ha interpretado el artículo 58 de la Carta Política que garantiza los derechos adquiridos con arreglo de las leyes civiles, al señalar que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”(negrillas fuera del texto original).

### Monopolio rentístico. Explotación y administración.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 13/08/2008

Radicado: 11001-03-26-000-2000-00010-01 (18556)

Ponente: Myriam Guerrero de Escobar



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 10/09/1991

Radicado: 394

Ponente: Jaime Paredes Tamayo

El inciso 2° del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la constitución de una sociedad de capital público con el fin de adelantar la explotación y administración del monopolio rentístico al cual se refiere el artículo 42 anterior, la norma es del siguiente

tenor literal: *“Sociedad especial de capital público. Autorízase la constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual serán socios la Nación y las Entidades Territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente Ley. Los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas. (...)” (subrayado fuera de texto)*

La norma anterior autorizó la creación de una sociedad de capital público, cuyo fin social estaría encaminado a la administración y explotación del monopolio rentístico establecido por el artículo 42 precedente, en beneficio del sector salud, pero a su vez, le determinó que el porcentaje límite de los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, en que incurriera por esta actividad, no podía ser superior del 15% de las ventas netas que realizara. En cumplimiento de esta norma legal, fue creada la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud- ECOSALUD S.A. (antes COLJUEGOS) como una sociedad entre entidades públicas del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, de la forma de las anónimas, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecientes al sector salud.<sup>235</sup> En los estatutos de dicha empresa, aprobados mediante el Decreto 271 de 25 de enero 1991<sup>236</sup>, se consagró lo siguiente: *“Artículo 6º. Para el desarrollo de su objetivo, la sociedad, conforme a las normas legales tendrá las siguientes competencias: (...) c) ejecutar directamente o mediante contrato con terceros, modalidades de juegos de suerte y azar diferentes a las loterías y apuestas permanentes existentes en el país, dentro de los límites establecidos por el artículo 43 de la Ley 10ª de 1990 y demás normas concordantes”*

El texto transcrito estableció las formas mediante las cuales ECOSALUD S.A., podía explotar el monopolio rentístico, que le autorizaba el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, bien directamente, a través de terceros vinculados contractualmente, pero la norma fue enfática en establecer que en cualquiera de los dos casos, debía ceñirse a los precisos límites señalados, expresamente, por la ley 10ª de 1990, o por cualquier otra norma del mismo rango mediante la cual se hubiese regulado *“la organización,*

235 Así lo dispuso el artículo 2º del Decreto 271 de 1991.

236 El Decreto 271 de 25 de enero de 1991, fue publicado en el Diario Oficial CXXVII N. 39648 de 28 de enero de 1991.

*administración, control y explotación”...* de ese monopolio rentístico, en los términos del artículo 336 constitucional.

Así, se advierte, que entre los precisos límites señalados por el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, se encontraba lo referente a los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, necesarios para adelantar la explotación del monopolio rentístico, los cuales no podían ser superiores del 15% de las ventas netas, independientemente de que dicho monopolio se explotara directamente por la sociedad pública constituida -ECOSALUD- o bien en forma indirecta a través de terceros que la citada sociedad vinculara mediante la celebración de contratos, puesto que dicho precepto legal no hizo distinción alguna. Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Salud de ese entonces, en relación con la interpretación que debía darse a los artículos 42, 43 y 49 de la Ley 10 de 1990:

“En efecto, la Sala considera que la sociedad COLJUEGOS S.A. tiene por objeto realizar la totalidad de la explotación y la administración del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. Sin embargo ello no obsta, para que algunos aspectos limitados de la explotación del monopolio, por motivos de interés público o social, puedan contratarse con otras entidades públicas o particulares. Pero en todos estos casos es necesario conservar el límite del 15% establecido por el artículo 43 inciso 2o. de la Ley 10 de 1990 para todos los efectos legales.

Señaladas, en todo caso, con referencia a las ventas netas el porcentaje de costos y gastos de explotación del monopolio, como el porcentaje de participación en el producto de la empresa y prevista su distribución entre los municipios, en proporción directa a las ventas que se ejecuten en su territorio, no hay duda en concluir que la ejecución directa o mediante contratos de modalidades de juegos de suerte y azar no puede ser en ningún caso superior al 15% de las ventas límite al cual quedó circunscrito el desarrollo del objeto social de ECOSALUD S.A.

De ahí la imposibilidad de referir exclusivamente a los gastos generales de ECOSALUD S.A. el porcentaje establecido por el inciso 2o. del artículo 43 de la ley 10 de 1990 y de pactar otro superior con un contratista sobre costos y

gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, máxime cuando no es la ley sino los estatutos, los que señalan la ejecución mediante contrato de modalidades de juegos de suerte y azar, y cuando son los mismos estatutos los que en sus artículos 6o., 9o. y 38 circunscriben dicha ejecución directa o por contrato, a los límites establecidos por la Ley 10 de 1990 en su artículo 43.”<sup>237</sup>

## Minas y yacimientos



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera  
Salvamento de voto de Gustavo de Greiff  
Fecha: 14/06/1990  
Radicado: CE-SEC3-EXP1990-N5942  
Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 11/07/1988  
Radicado: 187  
Ponente: Jaime Paredes Tamayo

En cuanto al artículo 2º del mismo Decreto 1994 de 1989, es flagrante la violación pues por vía reglamentaria se da un alcance mayor al que le da la ley a la expresión “yacimiento descubierto”, exigiendo métodos que no menciona la ley, por lo cual me aparto de la ponencia mayoritaria que afirma no haber sido definido este concepto en el reglamentario, cuando efectivamente sí lo fue y excediéndose según puede verse en el literal b) de la solicitud de suspensión. Finalmente, para el literal c) del artículo 30, es válido el razonamiento hecho en este escrito en relación con el artículo 1º *ibidem*. Comparto en su totalidad el concepto que sobre este tema profirió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 11 de julio de 1988, Rad. No. 187, que en su aparte pertinente expresó:

**“Régimen jurídico de la Ley de 1969.** Dice el artículo 1º de este Estatuto: “Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción a partir de la vigencia de la presente ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas

<sup>237</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de septiembre de 1991, Radicación No. 394, M.P. Jaime Paredes Tamayo.

a yacimientos descubiertos”. Y agrega el artículo 13: “Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicaran también a los yacimientos de hidrocarburos”. En la primera disposición transcrita hay una regla general, una excepción y una aclaración, y en la segunda hay un ordenamiento extensivo pero de alcances limitados. Veámoslo.

“La regla general. Contiene una declaración de dominio que abarca todas las minas, cualesquiera que sean sus características, clases y localizaciones, o los títulos, modos y épocas de adquisición de sus terrenos de ubicación, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades públicas o particulares.

“La excepción. Ella comprende ‘los derechos constituidos a favor de terceros’, vale decir, los adquiridos a la nueva ley. Y como las antiguas disposiciones no exigían que el derecho estuviera vinculado a yacimientos descubiertos, la excepción operaba y opera de conformidad con los requisitos que establecía el nuevo sistema. De consiguiente los derechos constituidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de la sanción y vigencia de la Ley 20, subsistieron bajo el imperio de ese nuevo estatuto y quedaron debidamente asegurados, tal como se desprende de la excepción y de la doctrina constitucional. Es evidente, pues, que la propiedad privada de las minas y yacimientos de hidrocarburos, adquiridos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedó afectada por la nueva ley, y mucho menos en aquellos casos ‘definitivamente’ resueltos por la Corte Suprema de Justicia, casos que siguieron protegidos por la excepción, por la verdad formal de la cosa juzgada y por los artículos 30 y 302 de la Constitución Nacional.

“[La aclaración]. Esta excepción, *a partir de la vigencia de la presente ley*, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas, vinculada a yacimientos descubiertos. Como casi todas las leyes, la 20 de 1969, carecerá de afecto retroactivo. Sin necesidad de declararlo, ella opera hacia el futuro y no hacia el pasado. No obstante, la comentada aclaración, a fin de evitar equívocos, expresamente dijo que la excepción, ‘a partir de la vigencia de la presente ley’, sólo comprendería las situaciones vinculadas a yacimientos descubiertos. Establece un nuevo requisito para la futura adquisición del derecho y determina la fecha en que ello empieza a ocurrir. Todo ello significa, obviamente, que las situaciones anteriores a la nueva ley y a la

nueva condición, quedaron sujetos al régimen jurídico preexistente, esto es, a un sistema que no establecía el requisito indicado. De allí que los derechos constituidos en esa forma, subsistieran bajo el imperio de la nueva ley, tal como se desprende de la Constitución Nacional, del artículo 28 de la Ley 153 de 1887 y como lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana de todos los tiempos”.

### Presupuesto. Vigencias futuras ordinarias.



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 12/08/2014

Radicado: 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28565)

Ponente: Enrique Gil Botero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 23/10/2003

Radicado: 1520

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

En concepto del 23 de octubre de 2003, exp. 1.520, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó -respecto a las vigencias futuras ordinarias- que el Consejo Superior de Política Fiscal estaba facultado para autorizar la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras, siempre que el programa se inicie con presupuestos de la vigencia en curso, además para su procedencia deben observarse las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado anualmente en los departamentos, en los distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003 -en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-. Finalmente, debe contarse con un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en curso<sup>238</sup>.

238 “El artículo 10° sobre vigencias futuras ordinarias, modifica el artículo 9° de la ley 179 de 1994, de cuya nueva regulación debe destacarse: a) la asignación de competencia al CONFIS para expedir el acto de autorización de la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras cuando se inicie con presupuestos de la vigencia en curso; b) la observancia de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, nuevo instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado en los departamentos anualmente, en los distritos y municipios

## Responsabilidad fiscal



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 26/08/2004  
 Radicado: 05001-23-31-000-1997-2093-01  
 Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 04/08/2003  
 Radicado: 1522  
 Ponente: Flavio Rodríguez Arce

Según se desprende del texto del Fallo acusado, la conducta culposa consistió en que dichos funcionarios conceptuaron sobre la viabilidad de la declaratoria de insubsistencia, sin haberse percatado de que la funcionaria desvinculada había solicitado su inscripción en carrera administrativa, por lo que era perfectamente previsible su inscripción, ya que tenía derecho a ella, luego tal declaratoria era ilegal, como se determinó por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que declaró la nulidad del acto que la dispuso con el consiguiente detrimento patrimonial del Departamento que resultó condenado a pagar lo dejado de percibir por aquélla. De tal manera que la **gestión fiscal**, presupuesto sine qua non para determinar la responsabilidad fiscal, se halla ausente en las actuaciones de los demandantes, razón por la que no podía la Contraloría General de Antioquia aplicar el procedimiento previsto en la Ley 42 de 1993.

Ahora, estima la Sala que si a juicio del Departamento de Antioquia sus agentes incurrieron en dolo o culpa grave, que determinó el detrimento patrimonial que se busca resarcir, el fundamento de tal pretensión descansa en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme al cual “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. Frente al tema en estudio resulta ilustrativo el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de

---

de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003 - en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-, c) la fijación de un porcentaje mínimo del 15 % de apropiación presupuestal de la vigencia en que sea autorizada y d) la limitación temporal de la autorización al respectivo período de gobierno.”

agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente:

*“Marco constitucional y legal de la responsabilidad.-* Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones <sup>239</sup>– art. 6° de la C. P. -, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 *ibídem*, también responden fiscalmente.

El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6° constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva <sup>240</sup> (art. 124); “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (art. 90 <sup>241</sup>); “cualquier persona natural o jurídica podrá

---

239 “Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal (.). Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas.” Sentencia C-337 de 1993 de la Corte Constitucional.

240 El artículo 91 constitucional señala: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.”

241 Por su parte, el artículo 78 del C.C.A. precisa que “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si

solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas” (art. 92); “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121). “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas” (122), y “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (123).

Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad<sup>242</sup>: 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

---

prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.” La acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución está desarrollada en la ley 678 de 2001 como una “acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado (sic) reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto” – art. 2° -. En sentencia C- 430 de 2000 la Corte Constitucional, señaló que el artículo 78 es acorde con el artículo 90 de la Constitución de 1991. En el mismo sentido el artículo 79 ibídem contempla que “Las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones anteriores por jurisdicción coactiva y los particulares por medio de la jurisdicción ordinaria.”

242 Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C 832 de 2002, precisó : “Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuanto al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma.”

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, tal como se explicará más adelante.

**Control y gestión fiscal. Responsabilidad fiscal.-** 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<sup>243</sup>, 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.).

---

243 El artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia se precisó que “...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”. ( Gaceta Constitucional 59, jueves 25 de abril de 1991 )

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, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000 así:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

De ésta definición legal de gestión fiscal<sup>244</sup>, armonizada con las disposiciones siguientes de la ley 610 y dada su inescindible interrelación, se desprenden múltiples consecuencias : determina el objeto de la gestión; se tiene en cuenta para establecer el alcance, objeto y elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio como consecuencia de la conducta dolosa o

---

244 Sobre el concepto de gestión fiscal, esta Sala expresó en la Radicación No 848 de 1996 : “Gestión fiscal es, entonces, el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado. Dentro del género de entidades públicas queda comprendido el Banco de la República.” Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 529 de 1993 señala: “...el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. “Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer 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 por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8° a 13)”.

culposa de quienes realizan gestión fiscal (arts. 4° y 5°), así como la causación de un daño patrimonial al Estado producida por una **gestión fiscal** antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna (art. 6°).

Así mismo, sirve para estructurar el concepto de proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, **cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta** causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado ( art. 1° ).<sup>245</sup>

La acción fiscal cesará cuando se demuestre que el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal y, por tanto resulta procedente dictar auto de archivo del proceso de responsabilidad fiscal (arts. 16 y 47); sin embargo, de existir efectiva lesión al patrimonio del Estado, habrá lugar a exigir la correspondiente responsabilidad patrimonial por otra vía, como se verá más adelante.

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.

---

245 Sent. C- 840/01: "Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos Op. Cit. SU 620 de 1996. (...) la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso." // V. sent. C- 477/01.

## Responsabilidad fiscal. Grados de culpa



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 20/10/2011  
 Radicado: 50001-23-31-000-2003-00227-01  
 Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 29/07/1996  
 Radicado: 846  
 Ponente: Roberto Suárez Franco

Dado que el artículo 63 del C.C. dispone de manera clara y categórica que **la expresión culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve**, y que el auto comentado no calificó la culpa de la investigada, debe entenderse que le imputó la leve. Una consideración, todavía más importante, permite sostener que el auto de imputación de cargos le atribuyó culpa leve a la investigada. Se trata de que criterio doctrinal transcrito parcialmente en dicho auto corresponde al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 29 de julio de 1996, radicado 846, donde se adoptó el criterio de que el único grado de culpa generador de responsabilidad fiscal era la leve y **de modo explícito descartó que ésta pudiera fundarse en culpa grave**. Cualquier duda acerca de la modalidad de culpa que se imputó a la investigada se disipa al examinar el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia No. 013-01 de 17 de diciembre de 2001 demandado, que fundó la decisión en otros apartes del mismo concepto, transcrito esta vez con más amplitud:

“Igualmente, el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de la culpa leve que define el artículo 63 del Código Civil como la falta de aquélla diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del Código Civil el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Por otra parte, el fallo con responsabilidad fiscal que concluye con la determinación de un daño patrimonial causado al Estado y que es exigible por la jurisdicción coactiva, implica que el funcionario se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño. En tal caso es responsable de la culpa leve porque la relación funcional que lo une con la administración genera un beneficio recíproco para las partes. Además, como ya se afirmó, la culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre con la responsabilidad fiscal, en la que la ley guarda silencio sobre la gradación de la culpa, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el de que se ha incurrido en culpa o descuido leve.

En este tipo de responsabilidad el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución en relación con el daño antijurídico causado a terceros e imputable a título de dolo o culpa grave, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario (C. E. Consulta. Conc. Rad. 846 jul. 29/96. M.P. Roberto Suárez Franco).

### *Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda  
Fecha: 02/06/2016  
Radicado: 25000-23-42-000-2013-00827-01  
Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 27/08/2015  
Radicado: 2240  
Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Respecto de los anteriores preceptos, en pronunciamiento del 27 de agosto de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado No. 2014-00287, con ponencia del Consejero Dr. Germán Alberto Bula Escobar, precisó:

“Los artículos 356<sup>246</sup> y 357<sup>247</sup> de la Constitución que se analizan, fueron modificados por el Acto Legislativo 1 de 30 de julio de 2001 que entró en vigencia el 1º de enero de 2002. Mediante esta reforma se suprimió el situado fiscal –cesión que hacía la Nación a los departamentos y distritos de un porcentaje de sus ingresos corrientes-, y se creó el Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios. La novedad más relevante radica en incluir a las entidades territoriales, en particular a los departamentos y distritos, como “destinatarios directos”, dejando así de ser “cesionarios” de estos recursos nacionales.<sup>248</sup> En efecto, dentro del proceso de descentralización, la Constitución debe asignar competencias a las entidades territoriales para lo cual es consecuente en ordenar la transferencia de los recursos necesarios para el efecto, al punto que prohíbe descentralizar competencias sin que previamente se asignen los recursos fiscales suficientes para atenderlas (inciso 9º del Art. 356). Ahora bien, para implementar esta reforma se expidió la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, cuyo artículo 1º se refirió a la naturaleza del Sistema General de Participaciones en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley.”<sup>249</sup>

En consecuencia, los recursos que antiguamente la Nación cedía por disposición constitucional a las entidades territoriales bajo las modalidades de situado fiscal para departamentos y distritos, y de participación en los ingresos corrientes de la Nación en favor de los municipios, actualmente son asignados directamente por la Constitución a todas las entidades territoriales

---

246 El artículo 356 de la Constitución ha sido modificado por los Actos Legislativos 2 y 4 de 2007.

247 El artículo 357 de la Constitución ha sido modificado por el Acto Legislativo 4 de 2007.

248 Ver concepto de la Sala de Consulta No. 1737 de 18 de mayo de 2006.

249 Se indicó en el párrafo 1 del artículo 2º de la misma ley que no hacen parte del Sistema General de Participaciones los recursos del Fondo Nacional de Regalías y los definidos por el artículo 19 de la Ley 6a. de 1992 como exclusivos de la Nación, en virtud de las autorizaciones otorgadas al Congreso por una única vez en el artículo 43 transitorio de la Constitución Política.

bajo el denominado Sistema General de Participaciones, lo cual implica, como ya se dijo, que son sus titulares directos. Evidentemente estos recursos no son producidos por las entidades territoriales y en esa medida deben ser considerados exógenos, aun cuando no “recursos nacionales”.

### *Tasas retributivas. Marco regulatorio por utilización de agua.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 02/06/2016

Radicado: 25000-23-42-000-2013-00827-01

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 12/05/2005

Radicado: 1637

Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Finalmente, en lo que tiene que ver con el cobro de intereses por concepto de tasas retributivas, la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó:

“La creación de estas tasas tiene origen en el poder de imposición fiscal del Estado del cual se deriva la obligación de pago en favor del sujeto activo, de acuerdo con su ley de creación y, por lo tanto, entraña relaciones de subordinación, en los cuales la entidad titular de los derechos tiene la potestad de expedir actos administrativos en los que se impone la obligación y pueden por lo mismo ser ejecutados como consecuencia del privilegio de ejecución oficiosa mediante los procedimientos coercitivos previstos por el legislador. En desarrollo del artículo 42 de la ley 99 de 1993, el decreto 3100 de 2003 reglamenta las tasas retributivas por la utilización directa del agua como receptor de los vertimientos puntuales y en su artículo 34 expresamente faculta a las autoridades ambientales competentes a celebrar acuerdos de pago con municipios y usuarios prestadores del servicio de alcantarillado por concepto de tasas retributivas en relación con las deudas causadas entre el 1° de abril de 1997 y la entrada en vigencia de dicho decreto. El decreto 155 de 2004 reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 en lo relativo a las tasas por utilización de aguas superficiales, las cuales incluyen las aguas estuarinas, y las aguas subterráneas, incluyendo dentro de estas los

acuíferos litorales, excluyendo las aguas marítimas (artículo 1º). Su artículo 15 establece que las facturas de cobro de las tasas por utilización de agua deberán incluir un periodo de cancelación mínimo de 30 días contados a partir de la fecha de expedición de la misma, momento a partir del cual las Autoridades Ambientales Competentes podrán cobrar los créditos exigibles a su favor a través de la jurisdicción coactiva. Aunque existe la obligación por parte de los municipios del pago de las tasas retributivas y compensatorias señaladas, y la ley les otorga la facultad para celebrar acuerdos de pago con las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes perciben dichas tasas, no es procedente por parte de estas entidades, conceder a los municipios rebajas o exoneración de intereses ni celebrar conciliaciones de tales obligaciones”<sup>250</sup>

Por lo tanto, es claro que en materia de tasas retributivas, a diferencia de lo sostenido por la actora, sí es viable jurídicamente liquidar intereses, los cuales, no son pasibles de condonación, conforme a lo precisado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en el Concepto transcrito.

---

250 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto radicado con el núm. 1637 de 12 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Jose Arboleda Perdomo.



## VII. ENTIDADES TERRITORIALES

### *Asambleas departamentales. Falta de competencia para la creación de prestaciones sociales*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 09/04/2014

Radicado: 05001-23-31-000-2005-00351-01

Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 13/11/1986

Radicado: 071

Ponente: Jaime Betancur Cuartas

Por consiguiente, y una vez que se ha tenido en cuenta la certificación expedida por la Gobernación de Antioquia, la Sala ha concluido que el actor hace parte del personal Nacionalizado ( fue vinculado antes de 1989 a la planta de personal del Departamento de Antioquia), luego no se puede malinterpretar, como lo hizo el a quo, que por el hecho de asumir las entidades territoriales la carga de administrar y manejar la educación en sus niveles preescolar, primaria y secundaria oficial, con los recursos del Sistema General de Participaciones antes Situado Fiscal, tenga la obligación, sin norma alguna que así lo determine y sin el traslado de recursos, de nivelar los salarios del personal administrativo con los del orden territorial, y más aún cuando ni el Gobernador ni la Asamblea de Antioquia gozaban de competencia para crear las primas de vida cara; para bachilleres docentes que laboran en zona rural; para licenciados en ciencias de la educación; de Clima; para educadores de primaria que presten sus servicios en escuelas unitarias y para directores de primaria que laboren como maestros de escuelas unitarias, las cuales se encuentran inmersas dentro de la Ordenanza No. 34 de 1973 y el Decreto 001 BIS de

1981, por lo que entonces, se imposibilita el reconocimiento de las mismas. Además, es importante mencionar que la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>251</sup> al respecto manifestó:

“En suma las Asambleas departamentales y los Concejos municipales no pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general ni siquiera en relación a los trabajadores oficiales, esto es, los vinculados a las respectivas entidades territoriales mediante contrato de trabajo...”

Reitera el anterior criterio jurisprudencial, el artículo 234 del Decreto Ley 1222 de 1986 al señalar que el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los departamentos, es el que establece la ley. Queda claro que la Asamblea de Antioquia carecía de competencia para crear la llamada “prima de la vida cara”, con base en las disposiciones constitucionales analizadas en la sentencia transcrita. Es más la Ley 43 de 1975 al nacionalizar la educación primaria y secundaria determinó igualmente el carácter de los empleados del sector docente como funcionarios públicos del orden nacional sujetos al régimen prestacional previsto para estos (...)

### Bogotá. Plan de ordenamiento territorial



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 27/03/2014

Radicado: 11001-03-24-000-2013-00624-00

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 02/09/2013

Radicado: 11001-03-06-000-2013-00397-00(2162)

Ponente: Augusto Hernández Becerra

El día 7 de junio de 2013 la Comisión Primera Permanente del Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Concejo de Bogotá fue convocada, fecha en la cual se sometieron a votación las ponencias presentadas por los tres Concejales, dos de las cuales, como ya se indicó, eran positivas, con algunas modificaciones al articulado del Proyecto de Acuerdo núm. 118 de 2013, logrando la mayoría de la votación la ponencia negativa (9 votos a favor y 6 en contra). Ante la negativa de la aprobación del Proyecto

251 Radicación número: 071-1986 Actor: Ministerio de Educación Nacional – Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P: Jaime Betancur Cuartas

de Acuerdo núm. 118 de 2013, en el primer debate, con fundamento en el artículo 73 del Acuerdo 348 de 2008 - Reglamento Interno del Concejo de Bogotá, los señores Concejales Diana Alejandra Rodríguez Cortés y Diego García Bejarano presentaron solicitud de reconsideración en la misma sesión, petición que les fue rechazada por el Presidente de la Comisión del Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial por haber sido radicada de manera extemporánea, pues se hizo antes de que terminara la votación, lo que estimó insubsanable y, en consecuencia, lo archivó.

De lo anterior, forzoso es concluir que el Concejo de Bogotá se pronunció dentro del término legal previsto para el efecto, respecto del Proyecto de Acuerdo 118 de 2013, a través del cual se pretendía la modificación excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Capital, de manera negativa, razón por la que el Alcalde Mayor de Bogotá no podía adoptarlo mediante Decreto, conforme lo hizo, por cuanto carecía de competencia para ello, toda vez que la regulación del uso del suelo, constitucional y legalmente, está asignada a los Concejos Municipales y Distritales.

Y si bien es cierto que dicha facultad se le otorga de manera excepcional a los Alcaldes, también lo es que ello solo es posible cuando el Concejo no toma ninguna decisión sobre el Proyecto de Acuerdo de revisión, en el sentido de aprobarlo o negarlo en un plazo de 90 días calendario, lo cual no aconteció en el sub lite, pues, como quedó visto, la Corporación Edilicea de Bogotá se pronunció de manera negativa respecto del Proyecto de Acuerdo 118 de 2013, por lo que, se repite, el Alcalde no podía adoptarlo por Decreto.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta en el Concepto núm. 2162 de 2 de septiembre de 2013 (Expediente núm. 2013-00397-00, Consejero ponente doctor Augusto Hernández Becerra)<sup>252</sup>, que ahora se prohíja, al estudiar el alcance de las normas que consagran la vigencia del Plan de Ordenamiento Territorial de la Ciudad Capital, el procedimiento para su modificación excepcional y las competencias para adoptar y modificar el POT, con ocasión de la consulta elevada por el señor Ministro del Interior, a solicitud de una Concejala de Bogotá, D.C., en el que concluyó que cuando se somete a votación un Proyecto de Acuerdo sobre revisión del POT “resulta una votación mayoritaria negativa, bien sea en comisión o en plenaria del Concejo de Bogotá, D.C., es decir, si la comisión o la plenaria toman la decisión de no

---

252 Cuya reserva legal fue levantada a través de auto de 18 de marzo de 2014.

aprobar el Proyecto de Acuerdo, el Alcalde no lo puede adoptar por Decreto, pues ello equivaldría a sustituir al Concejo en el ejercicio de su facultad constitucional de reglamentar los usos del suelo”.

### Bogotá. Régimen especial del Distrito Capital



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 22/06/2000  
Radicado: CE-SEC1-EXP2000-N5812  
Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 15/02/1995  
Radicado: 663  
Ponente: Nubia González Cerón

Sobre la cuestión de la Ausencia de Competencia de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá: El tema del alcance de la competencia asignada a la entidad demandada, debe dilucidarse acudiendo al marco teórico que gobierna la materia, compuesto por disposiciones de rango constitucional y legal. En primer término, desde la preceptiva dispuesta por la Constitución Nacional, se advierte cómo el constituyente al establecer los presupuestos de la organización territorial, al lado del régimen departamental y del municipal, instituyó un régimen especial para la capital de la República. De esta manera, es la Constitución Política la que, en el capítulo 4º del Título XI, sienta las bases de un régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el cual se encuentra contenido en el Decreto 1421 de 1993, expedido con base en la facultad conferida por el artículo 41 transitorio de la Constitución. Precisamente, en punto a la especificidad del régimen político, fiscal y administrativo previsto para el Distrito Capital, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en atención a solicitud procedente del Ministerio de Gobierno, radicación No 663 de 15 de febrero de 1995, precisó el asunto así:

“Es necesario observar que el Gobierno expidió el Decreto Ley 2626 de 1994 por el cual se adopta el Código de Régimen Municipal, y dentro del mismo quedó compilada, en su totalidad, la Ley 136 de 1994. Teniendo en cuenta lo expuesto en la Constitución Nacional, artículo 322 artículo 322 y en el artículo 2º del Decreto Ley 1421 de 1993, debe concluirse que el régimen

político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá está sometido a la normatividad especial prevista en el mencionado decreto y que en aquello que exista vacío, deberán aplicarse las disposiciones pertinentes del Código de Régimen Municipal Decreto Ley 2626 de 1994, siempre y cuando dichas normas sean compatibles, pero la posibilidad de aplicar este código al Distrito Capital se determina cuando se considere un caso específico y, por lo mismo ella no puede determinarse por vía general.”

### Concejos municipales. Función de autorización y reglamentación

 <b>Sentencia</b>	Consejo de Estado. Sección Primera Fecha: 29/08/2013 Radicado: 66001-23-33-000-2012-00027-02 (PI) Ponente: María Elizabeth García González
 <b>Concepto citado</b>	Sala de Consulta y Servicio Civil Fecha: 05/06/2008 Radicado: 1889 Ponente: William Zambrano Cetina

Del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, se colige que la reglamentación de la autorización no comprende todos los contratos, sino únicamente y de manera excepcional los que razonablemente disponga la Corporación Edilicia, mediante reglamento ajustado a la Constitución Política; aceptar lo contrario, es decir, convertir en regla lo que es excepción, conduciría a que los Concejos Municipales se conviertan en coadministradores de la gestión contractual municipal, en contravía de lo establecido en las normas arriba transcritas, pues ello es una función constitucional y legal propia de los Alcaldes que los Concejos no pueden desconocer al amparo del ordinal 3 del artículo 313 Constitucional, conforme lo señaló esta Corporación en el Concepto núm. 1889 de 5 de junio de 2008 (Consejero ponente doctor William Zambrano Cetina). En efecto, frente al alcance de la función de autorización y de reglamentación de los Concejos Municipales para que los Alcaldes puedan contratar, precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al acoger lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-738-01 de 11 de julio, lo siguiente:

*“El alcance de la función de autorización y de reglamentación de los concejos municipales: ... ‘El anterior razonamiento es aplicable, mutatis mutandi, a*

las autorizaciones que los concejos municipales otorgan a los alcaldes para contratar, y por lo mismo, a la reglamentación que sobre el particular expidan tales Corporaciones, en ejercicio de lo dispuesto en la norma acusada. Por lo mismo, no podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta. En otras palabras, la reglamentación que expidan estas corporaciones deberá limitarse a trazar las reglas aplicables al acto concreto y específico mediante el cual el concejo autoriza al alcalde para contratar, señalando los casos en que es necesario, sin entrar a regular aspectos como la selección de los contratistas, los contratos específicos a realizar, etc.

Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución que les confiere la norma que se analiza debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada, respetando lo dispuesto en el artículo 209 constitucional; y que no se puede interpretar dicha norma en forma tal que se obligue al alcalde a solicitar autorizaciones del concejo en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Carta Política. ...”

## Concejo Distrital de Bogotá. Alcances y límites de la función de expedir el Código de Policía.



### Sentencia

Consejo de Estado.  
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo  
Fecha: 19/03/2015  
Radicado: 25000-23-24-000-2003-00303-01  
Ponente: María Claudia Rojas Lasso



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 20/05/2010  
Radicado: 1999  
Ponente: William Zambrano Cetina

Otras sentencias que citan el mismo concepto:  
11001-03-24-000-2002-00417-01

Además es que no puede pasarse por alto que según jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Concejo Distrital no desarrolla funciones legislativas, por cuanto el Estatuto Orgánico de Bogotá, consignado en el Decreto Ley 1421 de 1993, no le otorgó dicha facultad al Concejo<sup>253</sup>:

“Sin embargo, como se observa, este régimen especial no conlleva el traslado de competencias legislativas al Distrito, pues la Constitución solamente autoriza al legislador para expedir un “régimen político, fiscal y administrativo” distinto al que rige para los municipios, lo que a su vez es coherente con el ya mencionado carácter unitario del Estado colombiano y la concentración de la función legislativa en el Congreso, que no fue objeto de descentralización a las entidades territoriales<sup>254</sup>. Así, el mismo artículo se refiere únicamente al

253 Sentencia radicado 2010-00044-00 (1999) M.P. William Zambrano Cetina

254 Sobre la autonomía de las entidades territoriales ha dicho la Corte: “Así, el modelo concebido por el constituyente de 1991 difiere del Estado unitario centralizado, pues a través de la descentralización y del concepto de autonomía se pretende hacer efectivo el respeto de la identidad comunitaria local a través de su autodeterminación, pero sin desconocer su sujeción al Ordenamiento Superior, que le da cohesión al Estado. El artículo 286 superior, establece como entidades territoriales a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas y, en el artículo 287 ibídem, se señala que éstos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. El carácter de entidad territorial implica pues, el derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, por último, participar en las rentas nacionales. De esta forma, tal reconocimiento se traduce en *autonomía política*, esto es, la capacidad de elegir a sus

reparto “de competencias y funciones administrativas” entre las autoridades distritales y a continuación señala que a éstas les corresponderá “el desarrollo armónico e integral de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito”.

Así que, las autoridades distritales siguen siendo autoridades administrativas, como lo recordó el Consejo de Estado al referirse a las funciones del Concejo Distrital, en particular al estudiar una demanda contra la expresión “en materia administrativa sus atribuciones son de carácter normativo” del artículo 8 del Decreto 1421 de 1993 (Estatuto de Bogotá). El Consejo de Estado señaló:

(...) Por tanto, es claro el ámbito administrativo y no legislativo de la autonomía y régimen especial de Bogotá. En consecuencia, el artículo 12-18 del Estatuto de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1993), según el cual el Concejo Distrital tendrá, entre otras, la función de expedir el Código de Policía de la ciudad<sup>255</sup>, debe interpretarse dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes que regulan la función de policía, y no como una autorización abierta y general para la sustitución de dichas leyes en el ámbito local, o para la regulación directa de aquéllas materias sujetas a reserva legal, como las relacionadas con el establecimiento de medidas correctivas de policía. (...)

Incluso, si se asimilara la función del Concejo Distrital a la que constitucionalmente corresponde a las Asambleas Departamentales conforme al artículo 300-8<sup>256</sup> Superior, habría que remitirse a los límites a la que ésta se encuentra sujeta, en el sentido que, como se aclaró, a través de la misma no se abre la posibilidad de regular materias sujetas a reserva de ley,

---

gobernantes (alcalde, concejales, ediles, personero y contralor), *autonomía administrativa*, es decir, la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades y, finalmente, *autonomía fiscal*, que implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos”. Sentencia C-1051 de 2001

255 “ARTICULO 12º. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: (...) 18. Expedir los Códigos Fiscal y de Policía.”

256 Conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 12 (numeral 23) del Decreto-Ley 1421 de 1993, de acuerdo con los cuales (i) “las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último” y (ii) corresponderá al Concejo “ejercer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales”, respectivamente.

pues se trata de una competencia limitada de carácter administrativo. Por tanto, en el caso del Distrito Capital de Bogotá tampoco existe una autorización constitucional o legal que permita entender que el Concejo Distrital tiene competencia, especialmente después de la Constitución Política de 1991, para crear o modificar medidas correctivas de policía o extender sus supuestos de aplicabilidad a través de acuerdos distritales, los cuales no tienen una categoría mayor a la de actos administrativos locales”

### *Fondo Cuenta “Fondo para la Reconversión Ambiental Industrial”. Competencia para crearlo en el Distrito Capital*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 16/10/2014  
Radicado: 25000-23-24-000-2010-00563-01  
Ponente: Guillermo Vargas Ayala



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 03/09/1997  
Radicado: 969  
Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

En este mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto radicado No. 969 de 3 de septiembre de 1997, con ponencia del Consejero Augusto Trejos Jaramillo, adujo que el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., carecía de competencia para crear los llamados fondos cuenta por cuanto dicha competencia está reservada a los Concejos Municipales, así:

“El Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá carecía de competencia para crear y organizar, mediante decreto ejecutivo, el Fondo-Cuenta denominado “Fondo para la Reconversión Ambiental Industrial”. En el nivel distrital esa facultad está radicada, privativamente, en el concejo distrital, entidad que puede hacerlo mediante un acuerdo o, en virtud de un acto administrativo de este tipo, autorizar a dicho alcalde para crearlo y organizarlo.”

En este contexto no asiste razón al apelante pues dentro de la normativa que sirvió de fundamento para la expedición de los actos acusados no se establece atribución alguna que faculte al Alcalde Mayor para crear fondos cuenta con recursos que integran el presupuesto del municipio y cuya regulación está reservada de manera

exclusiva a la Corporación Distrital ya sea para su creación o autorización al Alcalde para el efecto.

### *Juntas administradoras locales. Competencia para su regulación.*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 27/01/1989  
Radicado: CE-SEC1-EXP1989-N1044  
Ponente: Guillermo Benavides Melo



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 20/08/1987  
Radicado: 140  
Ponente: Jaime Betancur Cuartas

Como el Concejo Distrital de Bogotá por medio del Acuerdo número 8 de 1987 estableció la descentralización administrativa del Distrito Especial de Bogotá mediante la organización de Juntas Administradoras Locales invocando para ello el Decreto Ley 3133 de 1968 y el Decreto Ley 1333 de 1986 que reproduce la Ley 11 de 1986, se desprende con facilidad que esa Corporación ejerció una atribución que de conformidad con los artículos 196, inciso 3°, y 199 de la Carta, aún no puede asumir, es decir actuó sin competencia, como efectivamente lo anota el Consejo de Estado en concepto de 20 de agosto 1987 elaborado por la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartas, citada y transcrita parcialmente por el petionario de la suspensión provisional. En ese concepto se afirma lo siguiente:

‘Del texto de la consulta elevada, se infiere que las respuestas a tales interrogantes deben deducirse frente a la Ley 11 de 1986, que en sus artículos 16 y siguientes regulan todo lo atinente a las denominadas Juntas Administradoras Locales, sus funciones, composición, forma de integración, etc. Sin embargo como lo ha sostenido la Sala en la providencia anteriormente transcrita, la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá, lo que implica que el Concejo del Distrito Especial carece de competencia para regular o ejercer aquellas atribuciones que hubiese conferido la ley a los Concejos Municipales. Así las cosas, el Acuerdo número 8 de 1987 no podía ser expedido por el Concejo Distrital por falta de competencia por cuanto la Ley 11 de 1986 no le es aplicable al Distrito Especial de Bogotá; ni el artículo

13 del Decreto Ley 3133 de 1968 le otorga atribuciones para regular el tema de las juntas administradoras locales, y tampoco existe otra ley especial que permita desarrollar para el Distrito Especial dichas Juntas Administradoras Locales —que no zonales—, de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Nacional’.

De esta manera se deduce que el Concejo del Distrito Especial de Bogotá al expedir el Acuerdo número 8 de 1987 impugnado violó en forma manifiesta, ostensible, los artículos 196, inciso 3° y 199 de la Constitución Nacional. Además se evidencia en la misma forma protuberante la infracción por aplicación indebida de la Ley 11 de 1986 y del Decreto Ley 1333 del mismo año en los artículos que regulan las Juntas Administradoras Locales 16 a 21 y 311 a 319 respectivamente.

### Municipios. Actividad contractual



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 02/05/2013

Radicado: 70001-23-31-000-2012-0006-01 (PI)

Ponente: María Claudia Rojas Lasso



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 05/06/2008

Radicado: 1889

Ponente: William Zambrano

Otras sentencias que citan el mismo concepto

66001-23-33-000-2013-00222-01

La competencia que el Estatuto de Contratación le atribuye a los alcaldes como jefes de las entidades territoriales para contratar, en armonía con el reparto de competencias entre concejos y alcaldes, prevé la existencia de una autorización para contratar por parte de los concejos municipales. La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 5 de junio de 2008 (Radicación: 1.889, M.P. Dr. William Zambrano Cetina), precisó el alcance de estas normas relacionadas con la actividad contractual de los municipios, las autorizaciones de los Concejos a los Alcaldes, las formas y mecanismos de relación entre el Concejo y el Alcalde Municipal. La Sala de Consulta y Servicio Civil precisó:

- “1º. En primer lugar, se deben separar los conceptos de **autorización**, al que se refiere el artículo 313-3 de la Constitución y de **reglamentación de la autorización** a que se hace alusión en el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994.
- 2º. Frente a la **autorización**, señala la Corte Constitucional, corresponde a la facultad del concejo municipal de establecer qué contratos de los que debe celebrar el alcalde como representante de la entidad territorial, deben ser autorizados por esa corporación. Aclara esa Corporación Judicial de manera categórica que dicha atribución no puede comprender todos los contratos que deba suscribir el alcalde, sino únicamente y de manera excepcional *“los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política”*. A contrario de lo anterior, sería viable otorgar por parte de los concejos una autorización general para contratar de acuerdo con el presupuesto aprobado y los planes de desarrollo, como es práctica usual. En este caso, el concejo puede reservarse o no la facultad de autorizar algunos contratos en particular, siempre que, como ya se señaló, no comprenda la totalidad de los contratos que debe celebrar el alcalde. Ahora, como función típicamente administrativa y por tanto subordinada a la ley, deberá ser ejercida de forma razonable y ajustarse a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, pues como dice la Corte, *“sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza”*.
3. En relación con la **reglamentación de esa autorización** (art.32-3 de la Ley 136 de 1994), la Corte Constitucional advierte que ella se refiere a la reglamentación no de la función contractual del alcalde, sino del **procedimiento interno** que habrá de seguirse en los concejos municipales para tramitar las solicitudes de autorización de contratos en los casos en que ésta se ha previsto; por tanto, los concejos no podrán so pretexto de reglamentar dicha autorización, *“extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta.”*

Advierte además ese Tribunal que se trata de una función de naturaleza administrativa y, por tanto, que no comporta facultades legislativas en materia de contratación; en consecuencia, a través de ella no pueden modificarse o regularse materias propias del legislador, en especial las relativas a los procedimientos de contratación previstos en el Estatuto General de Contratación, por lo que el concejo *“no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación”*.

### Municipios. Facultades del alcalde en materia contractual



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 30/06/2016

Radicado: 25000-23-26-000-1998-02425-01 (34652)

Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 15/11/2001

Radicado: 1371

Ponente: Augusto Trejos Jaramillo

Fecha: 26/03/1998

Radicado: 1077

Ponente: Javier Henao Hidrón

Otras sentencias que citan el mismo concepto

CE-SEC3-EXP1990-N5984

El alcalde, en representación del municipio, tiene la facultad para ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales; previa autorización del Concejo Municipal.

En concepto de 15 de noviembre de 2001<sup>257</sup>, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, fundada en la normatividad vigente, precisó que, si bien la ley les reconoce a los alcaldes la facultad de representar a los municipios, entre otras actividades, para celebrar contratos, requiere contar con autorización del concejo municipal, según lo establece el artículo 313, numeral 3, de la Carta Política. Señaló, además:

257 M.P. Augusto Trejos Jaramillo, exp. 1371.

“La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal del municipio, pero para ejecutarla es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía. Y a las directrices de la autorización deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos, actuación que está sometida a la revisión por parte del gobernador, para objetarlo por inconstitucionalidad o ilegalidad y remitirlo al Tribunal competente, que decidirá sobre su validez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305, numeral 10 de la Constitución”.

Lo anterior, en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1995<sup>258</sup>, acorde con la cual el alcalde debe sujetarse a las autorizaciones que en materia de contratación otorgue el concejo municipal.

En este orden la Sala de Consulta, en pronunciamiento posterior, concluyó:

“Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea, o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Este tipo de

---

258 “Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior “contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones”. En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley.

No obstante lo expuesto, debe esta Corporación recalcar que la autorización que el órgano legislativo concede para que entidades del estado puedan contratar, no se agota únicamente con la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa. Así, puede establecer ese Estatuto que determinados contratos se sometan a una legislación especial -como es el caso de exploración y explotación de recursos naturales (Art. 76)-, o puede guardar silencio respecto del procedimiento y autorización necesaria para la celebración de un determinado tipo de contrato que no se encuentre enmarcado dentro de los que hace referencia el artículo 32 de la citada ley. En uno u otro evento, será necesario contar, pues, con una legislación especial que se ocupe de dichas materias. De igual forma, la Corte tampoco puede desconocer la facultad que le asiste al legislador para expedir toda una reglamentación relacionada con un contrato en particular, como es el caso de la Ley 37 de 1993, posteriormente complementada por la misma Ley 80 de ese mismo año”.

autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato – aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito -, pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales”<sup>259</sup>.

### *Municipios. Separación de territorios de un municipio para la creación de otro nuevo*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 09/12/2004

Radicado: 08001-23-31-000-1999-2322-02

Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 07/02/1997

Radicado: 946

Ponente: María Elena Giraldo

Mediante Acto Legislativo 1 de 1993, el constituyente erigió a Barranquilla como Distrito Especial Industrial y Portuario y señaló: “Abarcará además de la comprensión territorial del Barrio de Las Flores de esta misma ciudad, el corregimiento de la Playa del Municipio de Puerto Colombia y el tajamar occidental de Bocas de Ceniza en el Río Magdalena sector Ciénaga de Mallorquín en el Departamento del Atlántico”.

(...) En el expediente obra copia de la comunicación del 21 de abril de 1999 dirigida a la Asamblea Departamental por el entonces Alcalde Distrital de Barranquilla en la cual manifiesta: “...dejo constancia de la posición del Distrito especial, Industrial y Portuario de Barranquilla respecto del proyecto de la referencia, en el sentido de acoger los términos expuestos por el Consejo de Estado en relación con la consulta 946 del 7 de febrero de 1997 en la que la más alta autoridad de la jurisdicción administrativa señaló que “las asambleas departamentales carecen de competencia para hacer segregación de territorio Distrital”.(...) Ningún proyecto de ordenanza puede desconocer el acto legislativo de 1993 que anexó parte del territorio del municipio de Puerto Colombia al

259 Radicación 1077 de 26 de marzo de 1998.

*Distrito de Barranquilla. Bajo ninguna circunstancia puede la Asamblea Departamental del Atlántico segregar territorio del Distrito de Barranquilla. (...) Solicito, con apoyo en los fundamentos expuestos, se archive la iniciativa del Gobernador por ser no solo violatoria de la Constitución y la ley, sino atentatoria de la naturaleza e intereses del Distrito de Barranquilla*". La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto al que alude el Alcalde Distrital de Barranquilla, señaló:

"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. (...)

Respecto de los distritos especiales, la Sala ya explicó que no pueden ser segregados territorios para la creación de otro municipio; por lo tanto áreas territoriales de aquellos no pueden hacer parte de proyectos de creación de municipios. (...)" (Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta 946 del 7 de febrero de 1997, C.P. Dra. María Elena Giraldo).

## VIII. ACCIÓN DE TUTELA

### *Derecho de Petición. Reviviscencia de normas derogadas*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado.  
Acción de tutela – Sección Quinta  
Fecha: 04/02/2016  
Radicado: 25000-23-37-000-2015-01955 (AC)  
Ponente: Rocío Araújo Oñate



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 28/01/2015  
Radicado: 2243  
Ponente: Álvaro Namén Vargas

Otras sentencias que citan el mismo concepto  
25000-23-36-000-2015-02563-01(AC); 08001-23-33-000-2016-00146-01, 25000-23-37-000-2016-00685-01

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional mediante sentencia C-818 de 1º de noviembre de 2011, declaró inexecutable los artículos 3, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, referentes al derecho de petición, es del caso precisar que los efectos de dicha sentencia fueron diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que el Congreso expidiera la Ley Estatutaria correspondiente, la cual fue promulgada mediante la Ley 1755 de 30 de junio de 2015.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que dicha norma empezó a regir a partir del momento en que se promulgó, es decir, desde el 30 de junio de 2015, es del caso advertir que para la fecha en que se presentó el derecho de petición por parte del señor Carlos Andrés Loaiza Villegas, esto es, el 30 de marzo de 2015, el régimen aplicable al caso concreto es el Decreto 01 de 1984, pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, explicó, frente a la ausencia normativa que se generó entre el 31 de diciembre de 2014 y el 30 de junio de 2015, fecha en la que se promulgó finalmente la Ley 1755, lo siguiente:

“...la Sala concluye que, a partir del 1° de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.

Por esta razón, la aplicación transitoria que en la actualidad se haga de las normas de dicho estatuto [es decir del Decreto 01 de 1984 C.C.A.] sobre el derecho de petición debe tener en cuenta y respetar dicho marco y, en particular:

- i) La Constitución Política, en especial, los artículos 23 y 74, y la jurisprudencia constitucional.
- ii) Los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia (artículo 93 de la Constitución Política).
- iii) Los principios y las normas generales sobre el procedimiento administrativo contenidos en la Parte Primera, Título I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), así como las demás normas vigentes de dicho código que se refieren al derecho de petición o que, de una u otra forma, conciernen al ejercicio del mismo (notificaciones, comunicaciones, recursos, silencio administrativo etc.).
- iv) Las leyes especiales que contienen regulaciones parciales sobre el derecho de petición, o que se refieren a este derecho para ciertos fines o materias determinadas, tales como el Estatuto Tributario, el Estatuto Aduanero, las Leyes 1266 de 2008 y 1581 de 2012 (sobre el “habeas data”), la Ley 142 de 1994 (sobre servicios públicos domiciliarios), la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (sobre transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional), entre otras.
- v) Y finalmente, debe tenerse en cuenta los precedentes judiciales, cuya aplicación uniforme es una obligación de la Administración Pública, como

lo disponen los artículos 1017, 102 Y 269 del CPACA. El cumplimiento de dicha obligación permite mantener la confianza legítima que las personas depositan en la Administración, en el sentido que sus peticiones serán resueltas de fondo y comunicadas oportunamente, en condiciones de igualdad (artículos 13 y 83 CP)<sup>260</sup>.

### Derechos fundamentales. Limitaciones



#### Sentencia

Consejo de Estado.  
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo  
Acción de Tutela  
Fecha: 20/10/1992



#### Concepto citado

Radicado: CE-SP-EXP1992-NAC330  
Ponente: Guillermo Chahín Lizcano  
Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 11/03/1972  
Radicado: 561  
Ponente: Alberto Hernández Mora

Previamente a definir si obró bien el Tribunal al otorgar la tutela impugnada en favor de los socios de Telecinco Ltda. es conveniente que se haga una reflexión acerca del carácter de los derechos constitucionales fundamentales para, dilucidar si ellos, como aparece de las exposiciones contenidas en el memorial introductorio de la tutela y de las que sirven de fundamento al fallo objeto del recurso, poseen entre sus atributos el de ser absolutos, o si como lo afirman los Magistrados que redactaron el salvamento de voto, o como se deduce de los memoriales de los impugnadores, se trata de derechos relativos que pueden ser limitados o restringidos por la propia Constitución o por la ley.

La concepción radical que propugna por la existencia de unos derechos absolutos deja de tener sustento ideológico y jurídico y realidad histórica (que nunca la tuvo, por cierto), en la medida en que el Estado abandona su caparazón individualista para tomar la dimensión de lo social. No se trata de concebir al hombre como rey de su propio universo individual sino de verlo dotado de unos poderes consustanciales a su

260 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 28 de enero de 2015 No: 2243, Exp. No. 11001-03-06-000-2015-00002-00, C.P: Álvaro Namén Vargas.

naturaleza humana que sólo puede ejercer dentro del contexto de la sociedad a la que pertenece y en función, es decir, relativamente a dicha sociedad.

Fueron precisamente los ideólogos de la Escuela del Derecho Natural, de Locke a Rousseau, pasando por Hobbes y los Enciclopedistas, quienes encontraron que ni la sociedad ni el Estado podían tener existencia y viabilidad histórica si los derechos de los individuos, esos derechos que ellos mismos levantaron con el carácter de absolutos para oponerlos al absolutismo insoportable del Monarca, se concebían con tal atributo y por eso derivaron hacia la teoría del Pacto Social que propicia la construcción de la Sociedad y del Estado sobre la base de la renuncia a considerar los derechos naturales como absolutos y en aras de la convivencia los valora como eminentemente relativos.

El estado no puede ser el escenario propicio para el absolutismo; esta característica, antes bien, comporta, el antiestado en sus formas tradicionales de opresión o de anarquía. El Estado y el instrumento por excelencia para el logro de sus fines, el Orden Jurídico, son el producto de la relatividad en la medida en que ni el ejercicio del poder por parte de sus autoridades ni el goce y disfrute de los derechos por los asociados pueden realizarse en forma absolutista: Lo primero, porque el gobernante se convertiría en el único titular de derechos en frente de unos individuos que carecerían de los mismos y lo segundo, porque si todos los asociados pretenden usar sus derechos ilimitadamente, se generaría un conflicto de tal magnitud, que haría saltar en pedazos la organización social.

El carácter relativo de los derechos constitucionales fundamentales no puede mirarse como una simple especulación filosófica, pues encuentra, en Colombia, pleno respaldo en la letra de la Carta de 1991. En efecto, artículos como el 1º, que consagra la prevalencia del interés general y la solidaridad de las personas que viven en Colombia; el 2º, que establece entre los fines del Estado, el de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; el 58, que determina la prevalencia del interés social sobre el particular o individual; o en fin, entre muchos, el 333, que dispone que la empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, permiten deducir, sin lugar a dudas, lo que anteriormente se dejó establecido. Pero es el artículo 95 el texto constitucional que de manera explícita consagra como un deber de todos la expresión de que "... El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades...," para reiterar más adelante, que son deberes de la persona y del ciudadano "... respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...".

Empero, es claro que esta concepción relativista de los derechos individuales no aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Carta de 1991; ella ya existía y se aplicaba por los jueces y era objeto de construcciones doctrinarias por las más altas corporaciones judiciales del país. A título simplemente ilustrativo se consignan en seguida dos ejemplos de los muchos que pudieran citarse sobre este tópico, uno del Consejo de Estado y otro de la Corte Suprema de Justicia. En concepto de su Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado Alberto Hernández Mora, dijo el Consejo de Estado el 11 de marzo de 1972:

“Los derechos civiles y el interés social... Los derechos individuales no son absolutos sino sometidos a las reglamentaciones y limitaciones legales que hagan posible su ejercicio dentro del marco social. Fuera de la sociedad los derechos individuales no tienen oportunidad ni importancia. Es la razón de que todo derecho individual tenga una función social, la que haga posible su ejercicio en armonía con el interés general que expresa la ley.

“Nuestra Carta consagra este principio con particular nitidez; en forma especial para el derecho de propiedad y en forma general para todos los derechos: Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaron en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social...”

## Derecho de petición. Empresas de servicios públicos domiciliarios.



### Sentencia

Consejo de Estado.  
Acción de Tutela – Sección Quinta  
Fecha: 23/03/2001  
Radicado: 05001-23-31-000-2000-4447-01 (AC)  
Ponente: Dario Quiñones Pinilla



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 05/08/1999  
Radicado: 1192  
Ponente: Luis Camilo Osorio

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>261</sup>, el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución escrita, pronta y oportuna de la solicitud que se formula en forma respetuosa, puesto que resultaría inocua la garantía del derecho de petición si no existiera la obligación de responder la solicitud. Sin embargo, cabe advertir que el carácter imperativo de la respuesta no implica aceptación de lo pedido. Así mismo, tal y como lo ha considerado esta Corporación,<sup>262</sup> la respuesta sólo protege efectivamente el derecho de petición si ella es oportuna, si resuelve de fondo, en forma clara, precisa y congruente lo solicitado. En consecuencia, si no se cumple con esas condiciones se incurre en vulneración del artículo 23 de la Carta.

Pues bien, de acuerdo con su objeto social, la demandada es una empresa que presta servicios públicos y se rige por la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Resulta que el numeral 4º del artículo 9º de la Ley 142 de 1994 preceptúa que:

“los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor <a>:

(...)

261 Entre otras, pueden verse las sentencias C-339 de 1996, T-068 de 1998, T-310 de 1995, T-125 de 1995, T-243 de 1993, T-274 de 1995 y T-574 de 1994.

262 Entre otras, pueden consultarse las sentencias del 28 de octubre de 1999. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Expediente AC-8878, 14 de diciembre de 1999. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buritica. Expediente AC-8961, 17 de enero de 2000. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Expediente AC-9391.

9.4. Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas e indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”

Por su parte, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 dispone que *“la empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación...”*. En relación con las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, esta Corporación ya había dicho que *“las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios están obligadas a atender las normas sobre derecho de petición, sin que pueda alegarse que se trata de empresas particulares porque si bien es cierto, buena parte hoy se encuentran privatizadas, la circunstancia de tratarse de servicio público otorga al usuario o al suscriptor garantías para asegurar su prestación en forma continua, de buena calidad y con aplicación de tarifas definidas con fundamento en la estratificación asignada”*<sup>263</sup>.

Dentro del objeto social de la empresa Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P, se encuentra el de expandir la red de interconexión, planear y coordinar la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y la prestación de servicios técnicos en actividades relacionadas con su función. Por ello, la apoderada de la empresa sostiene que no son destinatarios de las normas precitadas, pues no tienen usuarios. No obstante, la Sala no comparte el argumento de la demandada por dos razones:

1º. Si bien es cierto que la empresa contra la que se dirige la tutela no es una entidad que presta servicios públicos domiciliarios, pues estos son los definidos en el artículo 1º de la Ley 142 de 1994, no es menos cierto que es una sociedad que presta servicios públicos complementarios al servicio de energía eléctrica (artículo 18 de la misma ley), por lo que está sometida a todas las regulaciones de la Ley 142 de 1994. Si ello no fuera cierto, existiría norma expresa que excluyera la aplicación de algunas disposiciones a la entidad contra la que se dirige la tutela. Empero, por el contrario, la constitución de la sociedad siempre deja en claro que aquella está *“sometida al régimen jurídico establecido por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”*

---

263 Concepto del 5 de agosto de 1999. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio. Radicación 1192.

2º. De otro lado, el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, define el término usuario como la “persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor”. En efecto, se observa que el peticionario no es actual consumidor ni usuario del servicio público que presta la sociedad Interconexión Eléctrica S.A, pues precisamente ello es lo que busca su petición. Sin embargo, el solicitante es un potencial usuario del servicio público, en tanto que pretende que, de acuerdo con las políticas de la empresa demandada, se amplíen las redes eléctricas para beneficiar su predio. En consideración con lo expuesto, la Sala considera que la reglamentación del derecho de petición para empresas que prestan servicios públicos se debe aplicar a la entidad demandada y, por consiguiente, la sociedad demandada debió responder la petición respetuosa formulada por el actor, en el término de 15 días. En tal virtud, la acción de tutela prospera para ordenar a la empresa a resolver de fondo, la petición que presentó el señor Juan de Dios García Montalvo, el 29 de septiembre de 2000.

### *Iglesias y congregaciones. Personería jurídica*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado.

Acción de tutela - Sección Segunda - Subsección B

Fecha: 04/08/2011

Radicado: 25000-23-15-000-2011-01152-01(AC)

Ponente: Gerardo Arenas Monsalve



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 05/10/1994

Radicado: 641

Ponente: Jaime Betancur Cuartas

La parte actora pretende que se tutelen sus derechos fundamentales, y se ordene la inscripción de la Iglesia Cristiana, Evangélica y Apostólica Pública y Privada de Colombia “IGLECREACOL UNIVERSAL” en el Registro Público de Entidades Religiosas, que lleva el Ministerio del Interior y de Justicia, en las mismas condiciones en que se encuentra registrada la Iglesia Católica, sin que se requiera de la personería jurídica especial que exige la entidad accionada. Adicionalmente pretende que se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- a expedir el Registro Único Tributario y el Número de Identificación Tributaria, sin ninguna restricción, a las

iglesias reconocidas con personería eclesiástica expedida por la actora. Por lo anterior es necesario hacer referencia a la normatividad aplicable para adelantar el trámite de inscripción en el Registro Público de Entidades Religiosas.

La Ley 133 de 1994 “Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política” estableció el régimen de las libertades religiosa y de cultos, con el fin de consagrar un ordenamiento común para todas las religiones y cultos, y fijar el régimen jurídico básico para las distintas religiones y confesiones religiosas. Como lo señaló la Corte en la sentencia C-088 de 1994 por medio de la cual se efectuó el examen previo de constitucionalidad de la Ley “Se trata del establecimiento de un marco jurídico, que consagra las garantías básicas para que todas las personas, como individuos o como comunidades religiosas o como comunidades de fieles, seguidores o creyentes, puedan desarrollar libremente de modo organizado o espontáneo sus actividades religiosas”. (...) Observa la Sala que la personería jurídica especial se le reconoce a aquellas iglesias, confesiones y asociaciones de ministros que imparten una formación religiosa u ofrecen atención de este tipo en distintos campos de la sociedad.

En concordancia con lo manifestado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 641 de 5 de octubre de 1994, absolvió algunas consultas del Ministerio de Gobierno hoy (Ministerio del Interior y de Justicia) en relación con el reconocimiento de la personería jurídica de las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones, señalando, que el legislador mediante la Ley 133 de 1994 radicó la competencia para reconocer la personería jurídica a las iglesias y confesiones religiosas, así como la de llevar el Registro de Entidades Religiosas en el Ministerio del Interior y de Justicia.

Así las cosas, indicó que quien pretenda ejercer válidamente la dirección espiritual de sus fieles, cuyas actuaciones, además, tengan efectos jurídicos frente al Estado, como: celebrar matrimonios y declarar la nulidad de los mismos de conformidad con sus cánones y las reglas previstas en sus estatutos, deben solicitar el reconocimiento de su personería jurídica ante la autoridad competente. Mencionó que el Ministerio del Interior y de Justicia, reconocerá la personería jurídica a las entidades religiosas que cumplan con los requisitos señalados en el inciso segundo, del artículo 9 de la Ley 133 de 1994. Afirmó que la inscripción del Registro de Entidades Religiosas, procederá

sobre aquellas entidades religiosas, a las cuales el Ministerio les haya reconocido personería jurídica.

En cuanto a los requisitos establecidos por el legislador para el reconocimiento de la personería jurídica especial a las iglesias, confesiones, federaciones, asociaciones de ministros y demás denominaciones religiosas, estos, se han de determinado en el Decreto 782 de 1995 “por el cual se reglamentan parcialmente la leyes 25 de 1992 y 133 de 1994”. (...) Conforme a la documentación allegada al expediente, se tiene que la parte actora en reiteradas oportunidades, en nombre propio o a través de sus asociadas, solicitó ante el Ministerio del Interior y de Justicia el reconocimiento de la personería jurídica especial, no obstante la misma fue negada, toda vez que no cumplía con el lleno de los requisitos legales previstos en la Ley 133 de 1994 y sus Decretos Reglamentarios.

## Responsabilidad fiscal



### Sentencia

Consejo de Estado.  
Acción de Tutela – Sección Segunda  
Fecha: 05/08/1999  
Radicado: CE-SP-EXP1999-NAC7878  
Ponente Carlos Arturo Orjueja Góngora



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 03/10/1995  
Radicado: 732  
Ponente: Javier Henao Hidrón

De las pruebas reseñadas se tiene que el peticionario plantea en el sub lite la violación del debido proceso, pues a su juicio la acción iniciada por la Contraloría General de la República caducó por haber transcurrido más de 3 años de la ocurrencia de los hechos y por qué en esas condiciones ya no es posible aplicar una sanción, tal como lo establece el artículo 38 del C.C.A.

Según las voces del artículo 267 de la Carta Política, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado corresponde al control financiero, el de gestión y el de resultados; y tiene como objetivo vigilar la eficiencia de las entidades estatales y de los particulares o entidades que administren recursos oficiales, a fin de garantizar que en el manejo de los fondos del Estado se proceda de acuerdo con la ley, y conforme a los intereses de

carácter general que gobiernan la función administrativa. El objeto de la responsabilidad fiscal lo definió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de octubre de 1.995, radicación No. 732, en los siguientes términos:

“El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, asuman una conducta que no está acorde con la ley -o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquélla-, deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia de hayan producido”.

El artículo 72 de la Ley 42 de 1.993, estableció que las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantan de oficio, en forma íntegra y objetiva, garantizando siempre el debido proceso.

(...) La Sala debe señalar que no comparte, por los razonamientos anteriores, la tesis expuesta por la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 2 de abril de 1998, dictada dentro del proceso radicado bajo el número 4438, con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez, en el sentido de que “del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo”, porque contraría el principio de que no hay derecho sin acción, ni acción sin caducidad o prescripción. De suyo, aún en esta hipótesis, el levantamiento del fenecimiento y la apertura del juicio fiscal deben darse de los dos (2) años posteriores al hecho ilícito.

En efecto, es incuestionable que todas las acciones a través de las cuales el Estado puede cuestionar, investigar y sancionar la conducta de los funcionarios, tienen un ámbito temporal dentro del cual deben ser ejercitadas. Así lo impone la seguridad jurídica, por manera que resultaría injustificado y lesivo de los derechos del funcionario, que se le mantuviera presuntamente subjúdice de manera indefinida y vitalicia. De suyo, a la Administración Pública le corresponde iniciar los trámites propios para establecer la responsabilidad fiscal de los funcionarios cuentadantes dentro de un término preciso, determinado, específico; que para el caso en discusión, como atinadamente lo señalaron la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de

Estado, debe ser el de dos (2) años que prevé el Código Contenciosos Administrativo para la acción de reparación directa, por su clara analogía con la acción fiscal. Para decirlo en términos más sencillos; transcurridos los dos (2) años desde cuando ocurrió el hecho o acto ilícito, la Administración Pública no tiene competencia para adelantar el juicio fiscal. Su descuido, negligencia o tardanza, la privan de la posibilidad de iniciar ese trámite. No debe olvidarse que el concepto de caducidad implica que la acción no puede iniciarse, que no hay vocación para adelantarla, y naturalmente, que no hay competencia para ello. O sea, que cualquier actuación de ese orden que realice la administración cuando ya ha transcurrido el término de caducidad deviene nula e ilegal.

## IX. OTROS

### *Informe administrativo por lesiones. Naturaleza jurídica*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Segunda

Fecha: 26/04/2016

Radicado: 11001-03-24-000-2013-00381-00

Ponente: William Hernández Gómez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 22/04/2004

Radicado: 1558

Ponente: Gustavo Aponte Santos

Este informe administrativo de lesiones sirve de base para que los organismos médico laborales califiquen el origen de la lesión o afectación y en tal sentido es un acto preparatorio. Ha de recordarse que el 22 de abril de 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con Ponencia del Doctor Gustavo Aponte Santos, señaló respecto de la naturaleza jurídica del informe administrativo por lesiones, lo siguiente:

“...El informe administrativo por lesiones constituye un acto administrativo preparatorio, de acuerdo con la terminología empleada por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto se dicta para hacer viable la expedición del acto siguiente que es el dictamen de la Junta Médico-Laboral y en últimas, del acto definitivo, cual es la resolución de reconocimiento y liquidación de prestaciones correspondientes a la persona lesionada, pues ésta se basa en él, ya que dependiendo de la calificación dada a los hechos, se otorgan las respectivas prestaciones. No es un acto administrativo de trámite, pues no se limita a impulsar la actuación administrativa, sino que prepara el acto principal, da elementos de juicio para la decisión final. Al ser el Informe Administrativo por Lesiones un acto administrativo preparatorio, no tiene recursos por la vía gubernativa, por expresa disposición del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, la norma especial

contenida en el inciso segundo del artículo 26 del decreto ley 1796 de 2000, otorga un recurso sui generis, o mejor, un derecho especial de impugnación, a favor del lesionado, quien puede interponerlo dentro de los tres (3) meses siguientes, a partir de la notificación del Informe. El deber de notificación surge de la misma ley con la finalidad de que el interesado pueda ejercer ese derecho. Se observa que en éste, como en otros aspectos, el procedimiento especial bajo estudio se aparta de la disposición general del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, pues ordena notificar un acto preparatorio, cuando la regla general es que sólo se notifican los actos que ponen fin a una actuación administrativa. La Sala observa que cuando la ley otorga esta especial garantía al lesionado busca que las pruebas y demás elementos de juicio se controviertan dentro de la actuación administrativa, lo cual permite un mejor cumplimiento del derecho fundamental al debido proceso...<sup>264</sup>

### *Informe administrativo por muerte. Naturaleza jurídica*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Tercera

Fecha: 03/04/2013

Radicado: 50001-23-31-000-1998-00181-01 (25964)

Ponente: Mauricio Fajardo Gómez



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 22/04/2004

Radicado: 1558

Ponente: Gustavo Aponte Santos

La Sala, para este caso en particular, acogerá otros medios de acreditación que obran en el expediente, los cuales permiten deducir que la muerte del señor J.J.P.S. sí se produjo, pues si bien es cierto que de conformidad con lo normado en el Decreto 1260 de 1970 –artículos 73 y siguientes–, la defunción de una persona debe quedar inscrita en la oficina de registro del estado civil correspondiente al lugar donde ocurrió la muerte y el respectivo certificado o registro civil de defunción constituye la prueba

264 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos. Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 1558. Actor: Ministro De Defensa Nacional. Referencia: Fuerzas Militares y Policía Nacional.

idónea para demostrar ese hecho, no es menos cierto que, se reitera, en este asunto existen otros medios de convicción que obligan a deducir la existencia del daño.

Lo anterior en modo alguno comporta el desconocimiento de las normas que forman parte del aludido Decreto-ley y mucho menos de lo que frente a ese punto ha sostenido la Jurisprudencia de la Sala, sólo que con el propósito de garantizar el derecho-principio de acceso a la administración de justicia y, de igual forma, en virtud de la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial frente al formal, la Subsección analizará el fondo del asunto. En tal sentido, se encuentra que la entidad pública demandada allegó al proceso copia del informe administrativo por muerte del señor Palencia Santodomingo, el cual da cuenta de que al referido militar se le activó una granada M-67, mientras instalaba un sistema de alarma temprana, circunstancia que, lastimosamente, ocasionó su fallecimiento de manera instantánea. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, respecto de la naturaleza jurídica del informe administrativo por muerte conceptuó lo siguiente:

“El Informe Administrativo por Muerte es un acto administrativo preparatorio, en la medida en que no pone fin a la actuación, pero dado que define una calificación de la modalidad de la muerte, aporta información que debe ser tenida en cuenta al momento de expedir el acto definitivo, la resolución de reconocimiento a los deudos de las prestaciones correspondientes. El informe lo produce el Comandante de Unidad Táctica, Operativa o su equivalente, en el caso de las Fuerzas Militares, o los Directores de las dependencias de la Dirección General de la Policía, y de las Escuelas de Formación, Comandantes de Departamento y Jefes de Organismos Especiales, en el caso de la Policía Nacional. En esto difiere del Informe Administrativo por Lesiones, el cual es dictado por el Comandante o Jefe respectivo; el Informe Administrativo por Muerte, no tiene los recursos de la vía gubernativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo. Tampoco es susceptible de revocatoria directa, por las razones que se han expresado en este concepto. Sin embargo, es modificable, de oficio, en el caso de las Fuerzas Militares, por el Ministro de Defensa Nacional y en el de la Policía Nacional, por el Director General de esta institución. Si bien las normas no señalan por qué motivo, debe entenderse analógicamente con la norma del Informe

Administrativo por Lesiones, que sea cuando la calificación resulte contraria a las pruebas allegadas sobre la forma como ocurrieron los hechos”<sup>265</sup>.

Así pues, dicho informe administrativo será suficiente para tener por acreditado el fallecimiento del señor J.J.P.S., puesto que el mencionado documento tiene un carácter público, comoquiera que fue elaborado por una autoridad militar, la cual efectuó un relato de las circunstancias en la cual se habría producido la muerte del referido militar profesional, para luego definir la calificación del tipo de muerte.

### *Inmovilización de vehículos. Finalidad de la sanción*



#### **Sentencia**

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 12/11/2015

Radicado: 08001-23-31-000-2011-00020-01

Ponente: María Elizabeth García González



#### **Concepto citado**

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 16/12/2003

Radicado: 1545

Ponente: Susana Montes de Echeverri

Aún más, de la sanción de inmovilización de que trata la norma en comento, no se desprende la posibilidad del recaudo de multas que buscó implementar la entidad demandada, sino que la finalidad de dicha sanción, como lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 16 de diciembre de 2003 (Radicado núm. 1545), es la de conminar al conductor a cumplir las normas de tránsito<sup>266</sup>.

265 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 22 de abril de 2004. Expediente No. 1558. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos.

266 Dijo así la Sala referida: “Esta es una sanción administrativa que faculta temporalmente a la autoridad administrativa para restringir el derecho de circulación hasta tanto cesen las causas que le dieron origen; puede estar acompañada de sanciones pecuniarias, también de naturaleza administrativa. (...) la inmovilización y las multas son sanciones administrativas que tienen como finalidad conminar a la ciudadanía a cumplir las normas de tránsito.”

## Irretroactividad de la ley



### Sentencia

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Fecha: 03/02/2015

Radicado: 11001-03-15-000-1999-00204-00

Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz (E)



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Radicado: SJ-05 de 2011

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló, en el concepto SJ-05 de 2011, que la regla general –la irretroactividad de la ley- se aplica tanto a las normas sustanciales como a las procedimentales, aunque hay excepciones:

“Respecto a los efectos de la Ley en el tiempo, es menester señalar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 determina que las leyes sustantivas y de procedimiento prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, aclarando que las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se deben regir por la Ley vigente al tiempo de su iniciación”.

## Iniciativa privada. Concepto



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 14/08/1992

Radicado: CE-SEC1-1992-N1933

Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 09/04/1984

Radicado: 2028

Ponente: Juan Manuel Charry Urueña

La doctrina ha definido los monopolios como “privilegios concedidos o creados a favor de una persona para llevar a cabo un determinado o determinados procesos económicos: producción, distribución, utilización y consumo de bienes o la prestación de servicios, con exclusión de los demás” (Jacobó Pérez Escobar - Derecho Constitucional Colombiano, 4a. edición 1987, Ediciones Librería del Profesional, pág.

245). La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto No. 2028 de 9 de abril de 1984, aludiendo a la noción pretranscrita expresa que:

“La definición anterior, propuesta en el sentido de que la economía y la propia Constitución Política conciben la iniciativa o empresa privada corresponde, en sus elementos, al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia, sino también la distribución del producto industrial, o su comercialización, sea o no importado”.

Cuando el artículo 527 del Decreto Ordenanzal consigna la posibilidad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas “con el objeto de autorizar la producción, introducción, distribución y venta de *tabaco*... de cualquier origen, con la finalidad de agilizar el comercio de esos productos, en procura de un mejor comportamiento rentístico.”, no puede la Sala, dadas las premisas de orden legal, jurisprudencias y doctrinal que se han sentado, tener duda de que se ha producido por la disposición acusada en cuanto incluye el término *tabaco* quebranto del inciso segundo del artículo 31 de la Constitución de 1886 y del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 10 de 1909. Esta última preceptiva resulta tan clara y su sentido tan obvio, como que apenas es el acatamiento de aquel canon de rango superior, que sobra cualquier aplicación adicional para demostrar que el Decreto 601 de 1989 al incluir el tabaco en los artículos 527 y 528 desconoció la categórica prohibición en ella contenida.

Conviene igualmente señalar, como lo anotó el demandante, que el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 establece en favor de los Departamentos el monopolio sobre la producción, distribución y venta de licores destilados y a las Asambleas Departamentales les otorga la función de regular 1o. Y que el artículo 63 de la misma ley dice que en desarrollo de ese monopolio los Departamentos podrán celebrar “todo tipo de convenio que permita agilizar el comercio de estos productos”. Al establecer, entonces, el Departamento del Quindío, sin justificación ni autorización legal, una reglamentación para el tabaco, similar y de la misma naturaleza a la de los licores destilados, supuso en forma equivocada que en el caso del tabaco estaba frente a un monopolio en su favor, lo que como ya se dejó dicho es inexistente, razón más para entender que se ha producido la transgresión de las normas constitucional y legal señaladas.

## Laicidad del Estado



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 12/11/2015  
 Radicado: 11001-03-24-000-2011-00268-00  
 Ponente: María Elizabeth García González



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 23/10/2014  
 Radicado: 1782  
 Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

De la misma manera, esta Corporación, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil ha expresado en distintos conceptos que la invocación de “DIOS” en el ordenamiento jurídico, específicamente indicado en el preámbulo de la Constitución, no pretende favorecer una creencia religiosa especial, sino que cuenta con un carácter general y abstracto, sin que implique la intromisión de una Iglesia en particular en el desarrollo del ordenamiento jurídico. Al respecto, precisó:

“En síntesis, la Constitución de 1991 establece el carácter pluralista del Estado social de derecho colombiano, del cual el pluralismo religioso es uno de los componentes más importantes. Igualmente, la Carta excluye cualquier forma de confesionalismo y consagra la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones religiosas, puesto que la invocación a la protección de Dios, que se hace en el preámbulo, tiene un carácter general y no referido a una iglesia en particular. Esto implica entonces que en el ordenamiento constitucional colombiano, hay una separación entre el Estado y las iglesias porque el Estado es laico; en efecto, esa estricta neutralidad del Estado en materia religiosa es la única forma de que los poderes públicos aseguren el pluralismo y la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas.”<sup>267</sup>

267 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación 11001-03-06-000-2006- 00103-00 (1782)

## Licencia ambiental. Manejo de organismos vivos modificados



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
Fecha: 05/03/2015  
Radicado: 11001-03-24-000-2008-00367-00  
Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
Fecha: 23/11/2005  
Radicado: 1687  
Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Cabe anotar que antes de la expedición del Decreto cuestionado, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural elevó una consulta a la Sala de Consulta Civil y Servicio Civil de esta Corporación, con el objeto de aclarar la duda que al respecto tenía el Gobierno Nacional sobre la necesidad o no de exigir licencia ambiental para el uso y manejo de los OVM; la solicitud fue resuelta con concepto expedido por esa Sala el 23 de noviembre de 2005<sup>268</sup>, en los siguientes términos:

1. La Ley 740 de 2002, es la ley aplicable en Colombia a la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.
2. El Gobierno podrá, en uso de su potestad constitucional, reglamentar los artículos 291, 301 del decreto ley 2811 de 1974, 65 de la ley 101 de 1993, en concordancia con la ley 740 de 2002, ajustar los reglamentos que establecen el procedimiento especial que debe surtirse ante el Instituto Colombiano Agropecuario ICA para autorizar la transferencia, manipulación y utilización segura de los organismos vivos resultantes de la biotecnología, entre los cuales se encuentran los de uso agrícola.
3. De acuerdo con lo expuesto, para la importación, producción, y venta de las semillas transgénicas, no se requiere de licencia ambiental sino de la autorización expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA,

268 Radicación número 1687. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Actor: Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

en aplicación de los artículos 291, 301 del decreto ley 2811 de 1974, 65 de la ley 101 de 1993 y la ley 740 de 2002. Esta última exige la evaluación de riesgos, que consiste en un análisis científico, exhaustivo, coherente y responsable que tenga en cuenta el ecosistema receptor y por supuesto su impacto frente a la biodiversidad y la salud humana; evaluación que deberá materializar los principios de eficacia y transparencia, precaución, evaluación paso a paso y caso a caso, información y publicidad, y responsabilidad, para cada planta y semilla transgénica que se pretenda introducir al país.”

Teniendo en cuenta el concepto emitido por el órgano de consulta del Gobierno y las disposiciones constitucionales y legales, el ejecutivo procedió a expedir el Decreto 4524 de 2005 reglamentario de la Ley 740 de 2002.

### Niños, niñas y adolescentes. Protección de sus derechos



#### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera

Fecha: 22/03/2013

Radicado: 66001-23-31-000-2012-00132-01

Ponente: María Elizabeth García González



#### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Fecha: 25/02/2010

Radicado: 11001-03-06-000-2010-00016-00(C)

Ponente: William Zambrano Cetina

Obsérvese que dentro de las reglas especiales de la Ley 1089 de 2006 que regulan el procedimiento administrativo por medio del cual se adoptan las medidas de protección para los menores de edad (niños, niñas y adolescentes), existe una primera etapa cuya competencia le está reservada al Defensor de Familia o, en su defecto, al Comisario de Familia o el Inspector de Policía, y una segunda etapa a cargo de la Jurisdicción Especializada, esto es, el Juez de Familia. La primera de dichas fases procedimentales se compone de las siguientes actuaciones: apertura de la investigación respectiva; audiencia de conciliación (si hay lugar a ello); resolución motivada, por medio de la cual se establecen medidas de protección provisional para el menor, tales como las de alimentos, visitas y custodia; solicitud y aporte de pruebas; audiencia en la que se practican éstas y se dicta fallo, el cual se adoptará mediante resolución susceptible

del recurso de reposición. Mientras que, la segunda fase, se adelanta ante el Juez de Familia, quien homologará la decisión administrativa precedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia, transcrito.

En tales circunstancias, para la Sala no existe lugar a duda alguna de que, pese a que en un primer momento el procedimiento por medio del cual se adoptan medidas de protección a los menores de edad, regulado en dicho Código, es de tipo administrativo, lo cierto es que el acto administrativo con el cual concluye la primera fase de dicho proceso, se sustrae del ámbito de competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo, por expresa disposición legal, pues, se repite, quien debe homologar la decisión del Defensor de Familia, es el Juez de Familia, según lo dispuesto en el artículo 108 *ibídem*, norma especial y prevalente conforme lo establece el artículo 5° del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Excepcionalmente, cuando el Defensor de Familia, el Comisario de Familia o el Inspector de Policía, según el caso, no resuelven la situación jurídica del menor amenazado o vulnerado, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la formulación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación respectiva, la fase inicial del procedimiento descrito en párrafos precedentes, será adelantada directamente por el Juez de Familia, tal como se desprende del párrafo 2° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Así lo advirtió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto de 25 de febrero de 2010, emitido en el Expediente núm. 2010-00016-00(C), Magistrado Ponente doctor William Zambrano Cetina, en el cual, además de precisar aspectos relativos a la especialidad de las normas y procedimientos legales establecidos para dar protección a los menores de edad y que ocupan la atención de la Sala, señaló que:

“... a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley 1098 de 2006, el procedimiento fue reestructurado con el objeto de darle mayor dinamismo y agilidad a las actuaciones que tengan por fin proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por esto, el artículo 100 de la Ley, señala el trámite a seguir, y especialmente se refiere en su párrafo segundo a que la duración del trámite no podrá superar los 4 meses. (...) En caso de incumplimiento de dichos términos, la norma prevé una sanción para el funcionario administrativo, según la cual se entiende que pierde la competencia para seguir conociendo del asunto y por ende la actuación

deberá remitirla inmediatamente al Juez de familia, quien dentro del proceso de restablecimiento de derechos deberá adelantar la actuación o el proceso respectivo.”

A juicio de las recurrentes, en el presente asunto, el acto administrativo acusado fue expedido por fuera del citado término de cuatro (4) meses, razón por la cual, argumentan que la demanda no debió ser rechazada por cuanto dicho acto se expidió por funcionario sin competencia. Tal argumento no es de recibo para la Sala, porque es claro que la sanción para el funcionario administrativo, consistente en la pérdida de competencia, por no resolver la situación de protección al menor dentro del término legal previsto para el efecto, y que da lugar a que el Juez de Familia adopte directamente la decisión de protección, en nada cambia el hecho de que el Juez de lo Contencioso Administrativo no es el competente para revisar la legalidad de dicha decisión, pues, se repite, la misma se origina al interior de un procedimiento especialmente regulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece el control de legalidad de los actos administrativos del funcionario respectivo, en una Jurisdicción Especializada, esto es, los Jueces de Familia. Dicho en otras palabras, ocurre que los actos administrativos expedidos dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos de Menores y Adolescentes, regulado en la Ley 1089 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, no son enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cual conduce al rechazo de la demanda por falta de jurisdicción, a cuyo respecto, esta Sala<sup>269</sup> ha señalado que no puede ser otra la conclusión, comoquiera que para los casos en que se demandan *“decisiones que claramente no constituyen actos administrativos demandables”*<sup>270</sup>, lo procedente es el rechazo in limine o de plano.

---

269 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 22 de octubre de 2010, expediente núm. 2009 00548 00. M.P. Dra. María Elizabeth García González.

270 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 27 de enero de 2000, proferido en el expediente N°4596. M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

## Practicaje marítimo. Naturaleza de la actividad



### Sentencia

Consejo de Estado. Sección Primera  
 Fecha: 16/10/2014  
 Radicado: 11001-03-24-000-2009-00603-00  
 Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno



### Concepto citado

Sala de Consulta y Servicio Civil  
 Fecha: 10/04/2008  
 Radicado: 1876  
 Ponente: Gustavo Aponte Santos

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto núm. 1876 de 10 de abril de 2008 se refirió a esta actividad en los siguientes términos:

#### **I. El practicaje marítimo en el ámbito Internacional. Aspectos generales.**

(...) Actualmente, la mayoría de las legislaciones definen el practicaje como una actividad de asesoría que presta un experto, el piloto práctico, al capitán sin la cual un buque no puede entrar o salir de un determinado puerto o canal en condiciones de seguridad [...], quien tiene *“que integrar, en tiempo real, innumerables variables interactivas que influyen en el comportamiento de la nave en maniobra (...) tan pronto arriba al puente, asimila la información proporcionada por el Capitán; analiza el comportamiento de la nave y prevé los efectos sobre ésta de las condiciones meteorológicas y oceanográficas presentes en el área; aquilata la capacidad profesional de la tripulación; valora el apoyo que pueden prestar los remolcadores y lanchas; apela a su propio conocimiento y experiencia sobre el arte de la maniobra; compara la situación presente con experiencias anteriores para (...) tomar las decisiones”* [...].

Internacionalmente, el servicio de practicaje está catalogado como un servicio del cual depende la seguridad de la vida humana en el mar, del medio ambiente acuático y del tráfico marítimo y fluvial. Teniendo en cuenta la relación intrínseca de este servicio con la seguridad marítima, la legislación comparada tiende a otorgarle el carácter de servicio público regulado y controlado por cada Estado. [...]

**II. El servicio de practicaje marítimo y fluvial. Marco legal.** El régimen legal del servicio de practicaje marítimo y fluvial está contenido en el decreto ley 2324 de 1984, por el cual se reestructuró la Dirección General Marítima,

la ley 658 de 2001, por la cual se reguló la actividad de practicaje como un servicio público, el decreto reglamentario 1466 de 2004, modificado por el decreto 3703 de 2007 y las resoluciones expedidas por la Dirección General Marítima 00050 de 2002, 357 de 2003, 183 de 2005 y 119 de 2007 sobre las tarifas autorizadas para este servicio. [...]

**III. El practicaje marítimo y fluvial como un servicio público.** El decreto ley 2324 de 1984, por el cual se reorganizó la Dirección General Marítima, clasificó la actividad de practicaje como un servicio auxiliar de la navegación y lo elevó a la categoría de servicio público [...].

En concordancia con lo anterior, el legislador consciente de que el practicaje marítimo *“es obligatorio internacionalmente en aguas marítimas y fluviales, jurisdiccionales, debido a que las condiciones de navegación en espacios restringidos demanda conocimientos especializados y detallados de cada puerto”*[], y de la relación intrínseca que existe entre esta actividad, el derecho a la vida de la gente del mar, la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente y la seguridad del transporte marítimo nacional e internacional, en la ley 658 de 2001, mantuvo el carácter de servicio público de esta actividad [...].

**IV. Régimen constitucional y los principios que presiden la intervención del Estado en los servicios públicos.** El artículo 334 de la Carta consagra que el Estado debe intervenir *“por mandato de la ley”*, entre otras actividades económicas, en **“los servicios públicos** y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” y, los artículos 365 y 150 numeral 23 de la Constitución Política, prevén:

*“Artículo 365.- Los servicios públicos con inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...).”*

*“Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23.-“Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.*

A la luz de las normas citadas, es claro que la Constitución Política impone a las autoridades públicas, incluido el Legislador, la obligación de intervenir en la economía y en particular, en los servicios públicos para asegurar su prestación eficiente y el cumplimiento de los fines del Estado. [...] Así las cosas, la consecuencia jurídica de elevar el practicaje marítimo y fluvial a la categoría de servicio público es que dicha actividad está sometida al régimen jurídico que fije la ley para su oportuna y eficiente prestación. [...]

El legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, concibió en la ley 658 de 2001, el servicio público de practicaje marítimo y fluvial en función de la actividad de asesoría que prestan los pilotos prácticos a los capitanes de los buques para la realización de maniobras de practicaje en aguas marítimas y fluviales a través de las empresas de practicaje habilitadas para prestar comercialmente estos servicios.



Carrera 66 No. 24-09  
Tel.: (571) 4578000  
[www.imprensa.gov.co](http://www.imprensa.gov.co)  
Bogotá, D. C., Colombia





Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

RAMA JUDICIAL  
CONSEJO DE ESTADO  
Calle 12 No. 7-65 Palacio de Justicia  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

