

## Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil

# Memoria 2018

# TOMO I

LA SALA DE CONSULTA

CONFLICTOS DE COMPETENCIA CONCEPTOS:

I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

II. ASUNTOS ELECTORALES

III. CONTRATACIÓN ESTATAL

# República de Colombia Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Memoria 2018, Tomo I

Consejo de Estado

#### Sala de Gobierno Germán Alberto Bula Escobar

Presidente

#### **Ramiro Pazos Guerrero**

Vicepresidente

#### Hernando Sánchez Sánchez

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

#### William Hernández Gómez

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

#### Marta Nubia Velásquez Rico

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

#### Milton Cháves García

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

#### Rocío Araújo Oñate

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

#### Óscar Darío Amaya Navas

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

#### Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

#### Óscar Darío Amaya Navas

Presidente

#### Álvaro Namén Vargas

Consejero de Estado

#### Germán Alberto Bula Escobar

Consejero de Estado

#### Édgar González López

Consejero de Estado

Edición de textos e índice temático

#### **Dervs Villamizar Reales**

Relatora de la Sala

#### Daniela Medina Castro

Auxiliar Judicial

#### Diseño e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia Bogotá, Colombia

ISBN

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

#### **PRESENTACIÓN**

Como es tradición desde el año 2009, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado presenta esta publicación, con la convicción de que constituye una buena práctica rendir cuentas, aunado al deber legal consignado en el artículo 112, numeral 11, de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –.

Así, desde el año 2012 se presenta a la comunidad jurídica y al país, la publicación titulada **Memoria**, que recoge las actividades realizadas el año anterior.

La Memoria 2018, presentada en tres tomos, recopila las actividades principales que constitucional y legalmente se atribuyen a la Sala de Consulta y Servicio Civil: la función consultiva, la de resolución de conflictos de competencias administrativas yla participación en la elaboración e implementación de textos normativos.

Durante el año 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su carácter de "cuerpo supremo consultivo de Gobierno en asuntos de administración", absolvió las consultas formuladas por los Ministros y Directores de Departamentos Administrativos. Analizó temáticas de diversas índole para ofrecer una visión que otorgue mayor seguridad jurídica al proceder de la Administración, y contribuir de manera preventiva a orientar el sendero de las decisiones que atañen e interesan al país, objetivos que es posible alcanzar dada la independencia de la Sala como parte integral de la rama judicial.

Los conceptos acopiados en esta obra dan cuenta de que en la mayoría de los casos el levantamiento de reserva fue realizada por iniciativa del gobierno nacional, lo que denota la utilización de los mismos para la adopción de decisiones en los tópicos allí abordados.

Además de la función tradicional de la Sala como cuerpo consultivo, la atribuida para resolver los conflictos de competencias administrativas se ha consolidado como un instrumento de la mayor importancia para la realización de los principios que deben orientar la actividad de la Administración Pública

En cuanto a la participación en la elaboración e implementación de textos normativos, se presenta la colaboración de la Sala en el análisis de los proyectos de "reforma a la justicia" que se promovieron durante 2018, así como las modificaciones que se pretenden introducir a la Ley 1437 de 2011 y los acuerdos que reformaron el reglamento interno del Consejo de Estado.

Es en este marco de referencia en el que se presenta **Memoria 2018**, documento que está dividido en tres partes principales. En el primer tomo se reseñan de manera general las actividades desarrolladas por la Sala durante el año 2018 y se enlistan tanto las consultas formuladas por el Gobierno Nacional, como la totalidad de conflictos de competencias administrativas resueltos en el mismo periodo. Adicionalmente, se publica el texto completo de los conflictos de competencias más importantes resueltos en la referida anualidad y se

presenta una relación sucinta de las confirmaciones de funcionarios y las actividades realizadas a instancia de la Sala Plena o como apoyo de la misma.

Desde la Sala de Consulta se apoyó la labor administrativa del Consejo de Estado, procediendo a la confirmación de múltiples funcionarios, siendo copioso el ingreso de nuevos miembros de la jurisdicción por cuenta del concurso convocado por la Rama Judicial, datos recopilados con la colaboración de la Secretaría General a quien agradecemos su valiosa colaboración.

En los tomos segundo y tercero se compilan, con arreglo a un criterio temático, los conceptos emitidos en el año 2018 por esta Sala en cumplimiento de su función consultiva, cuya publicación fue autorizada por el Gobierno Nacional, así como los conceptos emitidos en años anteriores a los cuales se les levantó la reserva durante el 2018.

Los antes mencionados se publican con arreglo a la siguiente distribución temática: (i) Estructura, organización y funcionamiento del Estado; (ii) Rama legislativa; (iii) Asuntos electorales; (iv) Contratación estatal; (v) Entidades territoriales; (vi) Función pública y régimen prestacional y de seguridad social; (vii) Hacienda pública, bienes del Estado y tributos; (viii) Medio ambiente y recursos naturales y (ix) Otros asuntos.

En tratándose de los conflictos de competencia, se desataron 160 solicitudes, en los que la administración fue orientada para definir las competencias que les son exigibles dentro de nuestro marco constitucional y legal, facilitando se esta manera la resolución de los asuntos a su cargo.

De estos, a la presente obra fueron incorporadas en su integridad 12 de las decisiones más relevantes, que dan cuenta de los temas más recurrentes o de mayor interés que ameritaron pronunciamiento de esta Colegiatura.

Durante el año 2018 además, el doctor Germán Bula Escobar, miembro de esta Sala, fungió como presidente del Consejo de Estado, lo que implicó el trabajo mancomunado de los diferentes miembros de la Sala en procura de apoyar las actividades misionales, académicas y culturales inherentes a dicha dignidad, procurándose en todo momento enaltecer el nombre del Consejo de Estado y de la Sala de Consulta a la que pertenecemos.

Extiendo finalmente un saludo de gratitud a todo el equipo de trabajo que nos acompañó en la labor que nos ha sido confiada, así como a las instituciones y personas que han apoyado la realización del informe de actividades del año 2018. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura y, del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), con cuya colaboración ha sido posible la publicación de informes como el que ahora se rinde.

Bogota, D.C., noviembre de 2019

#### Édgar González López

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civildel Consejo de Estado en el año 2019

3

#### **TABLA DE CONTENIDO**

#### REPÚBLICA DE COLOMBIA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO MEMORIA 2018

TOM	01		
PRESENTACION			
	PRIMERA PARTE. LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL AÑO 2018		
I. CO	MPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2018		
II. AC	TIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2018		
1	CONSULTAS ABSUELTAS AL GOBIERNO NACIONAL		
2.	CONFIRMACIONES		
3.	PARTICIPACIÓN EN SESIONES		
4.	PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS		
5.	ORGANIZACIÓN DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CULTURALES  5.1. Elección del Presidente del Consejo de Estado. Acto de Juramento y posesión  5.2. Charla sobre la "Distinción Entre el Principio de Prevención y Precaución en Materia Ambiental		
6.	PUBLICACIONES		
7.	DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS 7.1. Conflictos en materia de familia		

	<ul><li>7.4. Conflictos en materia de responsabilidad fiscal</li><li>7.5. Conflictos en otras materias</li></ul>
	SEGUNDA PARTE.
	SELECCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DEL AÑO 2018
1.	Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR). Asunto: Competencia para el levantamiento de afectación a bien inmueble por utilidad pública para la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales en el municipio de Gachancipá (Cundinamarca) Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.  Radicado 2017-00171
2.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Autoridad competente para dar cumplimiento a un fallo judicial cuando la entidad que se condena no existe, por haberse ordenado su supresión y liquidación. El Instituto de Seguros Sociales (liquidado) como empleador y como administrador de pensiones.  Radicado 2018-00003
3.	Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones). Asunto: Pensión por invalidez.  Radicado 2018-00004
4.	Personería Municipal de la Pintada (Antioquia). Asunto: Determinar la entidad competente para conocer de queja de naturaleza disciplinaria contra Inspector Municipal de Policía y Tránsito por presuntas irregularidades en el trámite de querella de policía por perturbación a la posesión.  Radicado 2018-00009
5.	Autoridad Nacional de Acuicultura y pesca (AUNAP). Asunto: Competencia para distribuir la cuota global de pesca para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.  Radicado 2018-00016
6.	Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia). Asunto: Procesos disciplinarios contra empleados de la Rama Judicial son competencia de la Rama Judicial. El superior administrativo o jerárquico en la Rama Judicial es el nominador y es el competente para resolver asuntos de naturaleza administrativa disciplinaria. Reiteración de Jurisprudencia.  Radicado 2018-00020

7.	Distrito Capital de Bogotá. Asunto: Recursos para consulta sobre corridas de toros en Bogotá, D.C. Decisión inhibitoria por sustracción de materia.  Radicado 2018-00028		
8.	Ministerio de Justicia y del Derecho. Asunto: Cobro coactivo de multas impuestas judicialmente por infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes.  Radicado. 2018-00054		
9.	Conflicto negativo de competencias administrativas entre la Alcaldía Municipal de Medellín – Dirección Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado, Superintendencia de Notariado y Registro y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD. Asunto: Competencia para inscribir y cancelar en el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA, las medidas de protección patrimonial de bienes urbanos abandonados por causa de la violencia y el desplazamiento forzado. Radicado. 2018-0079		
10.	Conflicto negativo de competencias administrativas entre la Agencia Nacional de Tierras y la Oficina de Registro e Instrumentos públicos de Neiva. Asunto: Autoridad competente para resolver la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte relacionada con el levantamiento de una condición resolutoria de un predio adjudicado por el extinto Incoder.  Radicado 2018-00096		
11.	Procuraduría General de la Nación – Provincial de Fusagasugá. Asunto: Órgano competente para conocer las investigaciones disciplinarias contra curadores urbanos por hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del título IV de la Ley 1796 de 2016.  Radicado 2018-00192		
12.	Contraloría General de la República - Gerencia Departamental del Cauca. Asunto: Proceso de responsabilidad fiscal No. 51 de 2017. Competencias en materia de control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías Radicado 2018-00215		
	TERCERA PARTE.		
	CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL PUBLICADOS EN EL AÑO 2018		
l.	ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO		
1.	Sobre los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.  Radicado 2299		

2.	Acto Legislativo 2 de 2015. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Norma de transición. Continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sujeta a plazo y condición.  Radicado 2327			
3.	Competencia para hacer seguimiento y control de las sanciones impuestas a los jueces de paz.  Radicado 2336			
4.	Los particulares en ejercicio de funciones públicas. Sus responsabilidades. Su intervención en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfemería. Radicado 2340			
5.	Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud.  Radicado 2358			
6.	Acto legislativo 2 de 2015. Transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Continuidad en el ejercicio de sus funciones. La norma de transición es constitucional en tanto es temporal. La permanencia indefinida en empleos de período fijo resulta contraria a la Constitución Política.  Radicado 2378			
II.	ASUNTOS ELECTORALES			
1.	Inhabilidades de los Congresistas. Cámara de Representantes. Parentesco de un eventual candidato con un viceministro. Concepto de autoridad civil o política.  Radicado 2355			
2.	Ley de Garantías Electorales. Modificación de la nómina.  Radicado 2366			
3.	Renuncia de congresista electo para el período 2018-2022, con el fin de participar en las elecciones populares para gobernador en el período 2020-2024. Inhabilidades e Incompatibilidades.  Radicado 2384			
4.	Término de las inhabilidades previstas para candidatos a gobernadores y alcaldes. Artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Artículo 95 de la Ley 136 de 1994 Radicado 2391			
5.	Reglas de convocatoria pública para elección de Contralor General de la República no son aplicables al proceso de elección de los miembros del			

	Consejo Nacional Electoral.  Radicado 2398
6.	Congresistas – Término constitucional y legal para la posesión del cargo. Consecuencias de su inobservancia. Proceso de pérdida de investidura. Radicado 2399
7.	Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales. Aplicación del artículo 126 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2015. Elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, previa convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018.  Radicado 2406
III.	CONTRATACIÓN ESTATAL
1.	Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (ICETEX). Régimen de contratación. Efectividad de las multas y garantías.  Radicado 2312
томо	) II
2.	Condonación de capital en acuerdos de pago para créditos educativos otorgados por el ICETEX.  Radicado 2329
3.	Inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos. Esquemas de asociación público privada (APP). Medidas que pueden adoptarse para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en la contratación estatal. Reiteración.  Radicado 2346
4.	Ley de garantías electorales. Prohibición de contratación directa. Contratos relacionados con el "patrimonio cultural sumergido", Ley 1675 de 2013. Asociaciones público privadas (APP).  Radicado 2382
5.	Expedición del certificado de disponibilidad presupuestal para iniciar procesos de contratación financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales.  Radicado 2389
6.	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Empresas domiciliadas en el exterior.  Radicado 2407

V.	ENTIDADES TERRITORIALES
1.	Aplicación del artículo 177 de la Ley 136 de 1994 respecto del pago de salarios a los personeros municipales.  Radicado 2321
2.	Prima de vida cara.  Radicado 2376
3.	Planes de ordenamiento territorial. Procedimiento para su formulación, revisión y modificación. Concertación de los aspectos ambientales. Competencias de las áreas metropolitanas. Efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general.  Radicado 2392
VI.	FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL
1.	Concurrencia de los socios para la normalización del pasivo pensional de una sociedad anónima en liquidación judicial.  Radicado 2295
2.	Retiro forzoso por edad para los docentes del sector público. Aplicación de la Ley 1821 de 2016. Autonomía universitaria.  Radicado 2328
3.	Viabilidad de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Radicado 2343
4.	Adquisición de un seguro de vida colectivo para los servidores públicos del Ministerio de Transporte y sus familias, a través del programa de bienestar social. ¿Es procedente jurídicamente?. Cobertura del riesgo de muerte por el Sistema de Seguridad Social Integral. Principio de legalidad del gasto. Programas de bienestar social de las entidades públicas. Procedencia de la adquisición por parte del Ministerio, de un seguro de vida colectivo destinado a cubrir a los empleados públicos y sus familias, a través del programa de bienestar social del Ministerio, y rubro presupuestal al que resulta imputable.  Radicado 2344
5.	Ampliación Concepto 2295.  Radicado 2352
6.	Convención colectiva de trabajo vigente en Ecopetrol faculta a la empresa para terminar el contrato de trabajo y jubilar a quienes cumplan requisitos de pensión convencional. Radicado 2361

7.	Carrera diplomática y consular. Situación administrativa especial de alternación. Prórrogas y excepciones.  Radicado 2365
8.	Aplicación de la solución de continuidad y acumulación de tiempos de servicio en la Rama Judicial para efectos de liquidación de cesantías, vacaciones y otras prestaciones de los servidores judiciales.  Radicado 2375
томо	) III
VII.	HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS
1.	Superintendencia de Puertos y Transporte. Tasa de vigilancia. Principio de legalidad en materia tributaria. Clasificación y elementos esenciales de los tributos. Ingresos brutos, operacionales y no operacionales. Concesionarios viales. Fiducia mercantil y encargo fiduciario. Empresas de transporte aéreo. Aeronáutica Civil. Operadores de transporte con vehículos afiliados.  Radicado 2199.
2.	Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla Pro Universidad Nacional y universidades estatales.  Radicado 2229
3.	Factores que constituyen ingreso base de cotización (IBC) para el cálculo de aporte parafiscal a la ESAP.  Radicado 2317
4.	Publicidad oficial. Ley 14 de 1991, artículo 21. Potestad reglamentaria.  Radicado 2318
5.	Estampilla Pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia. Radicado 2324
6.	Los contratos de prestación de servicios de mantenimiento por arreglos locativos sobre bienes inmuebles son contratos de obra y por tanto deben estar gravados con la contribución "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".  Radicado 2386
VIII.	MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES
1.	Consulta Previa. Protocolo de Nagoya.  Radicado 2334

2.	Control y manejo ambiental. Cobro de los servicios de evaluación y de seguimiento de los instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos. Artículo 96 de la Ley 633 de 2000. Levantamiento de veda de algunas especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables. Sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional.  Radicado 2374
IX.	OTROS ASUNTOS
1.	Costas procesales. Colpensiones. Instituto de Seguros Sociales.  Radicado 2192
2.	Registro de los vehículos de servicio público de transporte de carga. Alcance de medidas administrativas especiales y transitorias para normalizar el registro inicial de vehículos de servicio público de transporte de carga que presentan omisiones en su trámite. Aplicabilidad solo para propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa.  Radicado 2322
3.	Amigable composición.  Radicado 2338
4.	Procedimiento para el pago de las indemnizaciones de las víctimas. Ley 975 de 2005.  Radicado 2362
5.	Comisiones de los jueces a los inspectores de policía. Funciones jurisdiccionales. Conflicto de normas: el inciso tercero del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, frente al parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia.  Radicado 2363
6.	Falta absoluta de Alcalde. Destitución.  Radicado 2401



# Primera Parte

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el año 2018

#### COMPOSICIÓN DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2018



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

#### **EQUIPO DE TRABAJO**

### MAGISTRADOS AUXILIARES

Omar Joaquín Barreto Suárez
Diana Rocío Castañeda Suárez
Jorge Andrés Castillo Álvarez
Indira Díaz Lindao
Ana Patricia Franco Luque
Liliana Patricia González Gómez
Juan Manuel Laverde Álvarez
Jorge Murgueitio Cabrera
Germán Eduardo Nieto Olivar
Camilo Rodríguez Yong
Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán

#### **AUXILIARES JUDICIALES**

Leidi Carolina Huasca Arana María Fernanda Murillo Delgadillo María Elisa Quintero Márquez Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera Amparo Pinto Valdeblánquez Aristóbulo Ruge Forero Gabriel Nicolás Reyes Mejía

#### RELATORÍA DE LA SALA

María Angélica Pulido Barreto Derys Susana Villamizar Reales

#### SECRETARIA DE LA SALA

Lucía Mazuera Romero

#### EQUIPO SECRETARÍA

Eliana Margarita Fernández Valle Oscar Alberto Reyes Rey Aristóbulo Ruge Forero Hugo Andrés Vivas Salamanca Gabriel Nicolás Reyes Mejía Yulieth Esperanza Rodríguez Magda Cristina Castañeda Daniela Medina Castro

#### AD HONÓREM

María Daniela Gil Carvajal Kevin Arlid Herrera Santa Daniela Medina Castro Alexánder Díaz Paula Ibarra

#### PROFESIONALES UNIVERSITARIOS

Carolina Arias Ferreira

Constanza Bejarano Ramos
Sergio Andrés Chacón
Catalina Uprimny Salazar
Laura Victoria Hernández
Silvia Navia Revollo
César Tomás Oviedo Castaño
María del Rosario Oyola Aldana
Claudia Padilla Cardozo
Juan Eduardo Wilches
Reina Carolina Solórzano Hernández
Javier Antonio Guzmán Berrío
Vivian Edith Rodríguez Jaime
Luis Andrés Cárdenas Nieto
Carlos Anibal Álvarez Corredor

#### OFICIAL MAYOR

Leidi Carolina Huasca Arana María Fernanda Murillo Delgadillo María Elisa Quintero Amparo Pinto Valdeblánquez



# ACTIVIDADES DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL 2018

#### 1. Consultas absueltas al Gobierno nacional

De conformidad con la Constitución y la ley, el Consejo de Estado es el cuerpo supremo consultivo del Gobierno nacional en asuntos de administración. En este marco, la Sala de Consulta y Servicio Civil absuelve las consultas jurídicas del Gobierno nacional en todas las áreas del derecho (Artículo 237 de la C. P. y artículo 112 del CPACA). En el año 2018 la función de consulta se desarrolló de la siguiente manera:

Actas de Reparto	180
Consultas repartidas	43
Solicitudes hechas por particulares o entidades que no tienen la facultad de consulta ante la Sala y que fueron remitidas a la autoridad competente (derechos de petición)	220

A continuación se presenta el detalle por entidades de las solicitudes de concepto formuladas y repartidas durante el año 2018:

Ministerio y/o Departamento Administrativo	Frecuencia
Ministerio de Educación Nacional	2
Ministerio de Justicia y del Derecho	3
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	1
Ministerio de Transporte	4
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	1
Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible	2
Ministerio del Interior	13
Departamento Administrativo de la Función Pública	9
Ministerio Salud y Protección Social	3
Ministerio de Relaciones Exteriores	1
Ministerio de Comunicaciones	1
Ministerio de Cultura	1
Ministerio de Comercio Industria y Turismo	1
Total de consultas recibidas	42

#### CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA POR EL GOBIERNO NACIONAL DURANTE 2018

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2295	Concurrencia de los socios para la normalización del pasivo pensional de una sociedad anónima en liquidación judicial.	Óscar Darío Amaya Navas
2	2317	Factores que constituyen Ingreso Base de Cotización (IBC) para el cálculo de aporte parafiscal a la ESAP.	Alberto Montaña Plata
3	2324	Estampilla Pro Universidad Nacional y demás universidades estatales de Colombia.	Óscar Darío Amaya Navas
4	2327	Acto Legislativo 2 de 2015. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Norma de transición. Continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sujeta a plazo y condición.	Germán Alberto Bula Escobar
5	2338	Amigable composición.	Óscar Darío Amaya Navas
6	2344	Adquisición de un seguro de vida colectivo para los servidores públicos del Ministerio de Transporte y sus familias, a través del programa de bienestar social. ¿Es procedente jurídicamente? Cobertura del riesgo de muerte por el Sistema de Seguridad Social Integral. Principio de legalidad del gasto. Programas de bienestar social de las entidades públicas. Procedencia de la adquisición por parte del Ministerio, de un seguro de vida colectivo destinado a cubrir a los empleados públicos y sus familias, a través del programa de bienestar social del Ministerio, y rubro presupuestal al que resulta imputable.	Édgar González López
7	2352	Ampliación Concepto 2295.	Óscar Darío Amaya Navas
8	2355	Inhabilidades de los Congresistas. Cámara de Representantes. Parentesco de un eventual candidato con un Viceministro. Concepto de autoridad civil o política.	Édgar González López
9	2358	Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud.	Édgar González López
10	2362	Procedimiento para el pago de las indemnizaciones de las víctimas. Ley 975 de 2005.	Álvaro Namén Vargas
11	2363	Comisiones de los Jueces a los Inspectores de Policía. Funciones jurisdiccionales. Conflicto de normas: el inciso tercero del artículo 38 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, frente al parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia.	Édga González López
12	2366	Ley de Garantías Electorales. Modificación de la nómina.	Óscar Darío Amaya Navas
13	2372	Pérdida de fuerza ejecutoria del acto de nombramiento de gobernadores y alcaldes ad hoc.	Germán Alberto Bula Escobar

Nº	RADICADO	ТЕМА	PONENTE
14	2374	Control y manejo ambiental. Cobro de los servicios de evaluación y de seguimiento de los instrumentos de control y manejo ambiental establecidos en la ley y los reglamentos. Artículo 96 de la Ley 633 de 2000. Levantamiento de veda de algunas especies de flora silvestre y forestales maderables y no maderables. Sustracción de áreas de reserva forestal nacional o regional.	Édgar González López
15	2375	Aplicación de la solución de continuidad y acumulación de tiempos de servicio en la Rama Judicial para efectos de liquidación de cesantías, vacaciones y otras prestaciones de los servidores judiciales.	Juan Pablo Cárdenas
16	2376	Prima de vida cara.	Germán Alberto Bula Escobar
17	2378	Acto Legislativo 2 de 2015. Transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Continuidad en el ejercicio de sus funciones. La norma de transición es constitucional en tanto es temporal. La permanencia indefinida en empleos de período fijo resulta contraria a la Constitución Política.	Germán Alberto Bula Escobar
18	2382	Ley de garantías electorales. Prohibición de contratación directa. Contratos relacionados con el "patrimonio cultural sumergido", Ley 1675 de 2013. Asociaciones público privadas (APP)	Álvaro Namén Vargas
19	2384	Renuncia de congresista electo para el período 2018- 2022, con el fin de participar en las elecciones populares para gobernador en el período 2020-2024. Inhabilidades e Incompatibilidades.	Óscar Darío Amaya Navas
20	2386	Los contratos de prestación de servicios de mantenimiento por arreglos locativos sobre bienes inmuebles son contratos de obra y por tanto deben estar gravados con la contribución "Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".	Édgar González López
21	2389	Expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal para iniciar procesos de contratación financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales.	Édgar González López
22	2391	Término de las inhabilidades previstas para candidatos a gobernadores y alcaldes. Artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Artículo 95 de la Ley 136 de 1994.	Óscar Darío Amaya Navas
23	2392	Planes de ordenamiento territorial. Procedimiento para su formulación, revisión y modificación. Concertación de los aspectos ambientales. Competencias de las áreas metropolitanas. Efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general.	Álvaro Namén Vargas
24	2398	Elección de miembros del Consejo Nacional Electoral. Convocatoria pública.	Germán Alberto Bula Escobar
25	2399	Congresistas – Término constitucional y legal para la posesión del cargo. Consecuencias de su inobservancia. Proceso de pérdida de investidura	Germán Alberto Bula Escobar

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
26	2401	Falta absoluta de Alcalde. Destitución.	Germán Alberto Bula Escobar
27	2406	Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales. Aplicación del artículo 126 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2015. Elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, previa convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018.	Édgar González López
28	2407	Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Empresas domiciliadas en el exterior.	Édgar González López

#### CONCEPTOS CUYA RESERVA FUE LEVANTADA DURANTE 2018 POR AUTO DE LA SALA AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO DE LEY

(Art. 112 parágrafo 1º del CPACA)

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
1	2192	Costas procesales. Colpensiones. Instituto de Seguros Sociales.	William Zambrano Cetina
2	2199	Superintendencia de Puertos y Transporte. Tasa de vigilancia. Principio de legalidad en materia tributaria. Clasificación y elementos esenciales de los tributos. Ingresos brutos, operacionales y no operacionales. Concesionarios viales. Fiducia mercantil y encargo fiduciario. Empresas de transporte aéreo. Aeronáutica Civil. Operadores de transporte con vehículos afiliados	Augusto Hernández Becerra
3	2229	Aplicación de la Ley 1697 de 2013. Estampilla pro Universidad Nacional y universidades estatales.	Óscar Darío Amaya Navas
4	2299	Sobre los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993	Óscar Darío Amaya Navas
5	2312	Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex). Régimen de contratación. Efectividad de las multas y garantías.	Óscar Darío Amaya Navas
6	2318	Publicidad oficial. Ley 14 de 1991, artículo 21. Potestad reglamentaria	Germán Alberto Bula Escobar
7	2321	Aplicación del artículo 177 de la Ley 136 de 1994 respecto del pago de salarios a los personeros municipales.	Óscar Darío Amaya Navas
8	2322	Registro de los vehículos de servicio público de transporte de carga. Alcance de medidas administrativas especiales y transitorias para normalizar el registro inicial de vehículos de servicio público de transporte de carga que presentan omisiones en su trámite. Aplicabilidad solo para propietarios, poseedores y tenedores de buena fe exenta de culpa.	Édgar González López

Nº	RADICADO	TEMA	PONENTE
9	2328	Retiro forzoso por edad para los docentes del sector público. Aplicación de la Ley 1821 de 2016. Autonomía universitaria	Álvaro Namén Vargas
10	2329	Condonación de capital en acuerdos de pago para créditos educativos otorgados por el Icetex.	Germán Alberto Bula Escobar
11	2334	Consulta Previa. Protocolo de Nagoya.	Óscar Darío Amaya Navas
12	2336	Competencia para hacer seguimiento y control de las sanciones impuestas a los jueces de paz.	Germán Alberto Bula Escobar
13	2340	Los particulares en ejercicio de funciones públicas. Sus responsabilidades. Su intervención en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería.	Germán Alberto Bula Escobar
14	2343	Viabilidad expedición del certificado de disponibilidad presupuestal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	Óscar Darío Amaya Navas
15	2346	Inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos. Esquemas de asociación público privada (APP). Medidas que pueden adoptarse para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en la contratación estatal. Reiteración	Álvaro Namén Vargas
16	2361	Régimen pensional trabajadores Ecopetrol quienes han causado el derecho pensional convencional – Justa causa terminación contrato de trabajo – Afiliación Sistema General de Pensiones	Óscar Darío Amaya Navas
17	2365	Carrera diplomática y consular. Situación administrativa especial de alternación. Prórrogas y excepciones.	Álvaro Namén Vargas

#### 2. Confirmaciones

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

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA			
Carlos Hernán Rodríguez Becerra	Auditor General de la República		
Efraím Alberto Montaña Plata	Consejero de Estado		
Leonardo Rodríguez Arango	Magistrado del Tribunal Administrativo de Risaralda		
Dohor Edwin Varón Vivas	Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas		
Andrew Julián Martínez Martínez	Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia		

CONFIRMACIONES SALA DE CONSULTA				
Beatriz Teresa Galvis Bustos	Magistrada del Tribunal Administrativo de Huila			
Luis Carlos Marín Pulgarín	Magistrado del Tribunal Administrativo de Caquetá			
Sandra Lucía Ojeda Insuasty	Magistrada del Tribunal Administrativo de Nariño			
Yanneth Reyes Villamizar	Magistrada del Tribunal Administrativo de Caquetá			
Hirina Meza Rhenals	Magistrada del Tribunal Administrativo de la Guajira			
Néstor Arturo Méndez Pérez	Magistrado del Tribunal Administrativo de Caquetá			
Óscar Iván Castañeda Daza	Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar			
José Rafael Guerrero Leal	Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar			
Elsa Mireya Reyes Castellanos	Magistrada del Tribunal Administrativo del Magdalena			
Daniel Montero Betancur	Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia			
Jairo Restrepo Cáceres	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cauca			
Hernando Ayala Peñaranda	Magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander			
Andrés Medina Pineda	Magistrado del Tribunal Administrativo de Sucre			
Liliana Patricia Navarro Giraldo	Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia			
Aura Patricia Lara Ojeda	Magistrada del Tribunal Administrativo de Casanare			
Carlos Leonel Buitrago Chávez	Magistrado del Tribunal Administrativo de Cauca			
Patricia del Pilar Feuillet Palomares	Magistrada del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca			
Ángel Ignacio Álvarez Silva	Magistrado del Tribunal Administrativo de Tolima			
Ómar Édgar Borja Soto	Magistrado del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca			

#### 3. Participación en sesiones

TIPO DE SESIÓN	Sesiones
Sala Plena del Consejo de Estado	45
Sala de Gobierno	44
Salas de decisión ordinarias	41
Salas de decisión extraordinarias	2
Salas de decisión de conjueces	0
Reuniones con funcionarios del Gobierno nacional	12
Audiencias en conflictos de competencias	3

# 4. Participación en la elaboración e implementación de textos normativos Comisiones integradas por la Sala de Consulta y Servicio Civil

Durante el año 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil integró varias de las comisiones de trabajo de la Sala Plena del Consejo de Estado:

**La Comisión Constitucional, Legislativa y Reglamentaria** estuvo coordinada por el doctor Álvaro Namén Vargas e integrada, entre otros, por los doctores Óscar Darío Amaya Navas y Édgar González López.

- Discusión y redacción del Proyecto de Acto Legislativo "por medio del cual se modifica la reforma de elección del Auditor ante la Contraloría General de la República y del Procurador General de la Nación, con el fin de separar a los órganos judiciales del ejercicio de funciones electorales". El proyecto fue radicado en el Congreso de la República.
- Discusión y elaboración de una propuesta de reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011. Actualmente, la propuesta continúa en proceso de discusión.
- Discusión y elaboración de una propuesta de Proyecto de Ley Estatutaria para reglamentar la acción de tutela contra providencias judiciales. La propuesta continúa en proceso de discusión.
- Estudio del Proyecto de Acto Legislativo para reformar la justicia (Proyecto de Acto Legislativo 21 de 2018, "por el cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia y se dictan otras disposiciones", acumulado con los Proyectos de Acto Legislativo 17 de 2018, "por medio del cual se reforma la justicia", y 22 de 2018, "por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia y se reforma el equilibrio de frenos y contrapesos").

**La Comisión de Reglamento Interno** fue coordinada por el doctor Édgar González López e integrada, entre otros, por el doctor Álvaro Namén Vargas.

En relación con las actividades adelantadas por esta última, se destacan:

- Creación de las Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura mediante Acuerdo 011 de 2018.
- Instalación de la Comisión para el período 2018: En sesión del 9 de abril de 2018, en la cual se definieron los ejes temáticos a desarrollar durante el presente año, a saber: reparto de tutelas, distribución de funciones entre las diferentes secciones y compilación de las reformas al reglamento del Consejo de Estado. El 10 de abril, para efectos de iniciar la discusión, se remitió el proyecto de reparto de tutela analizado en Paipa en noviembre de 2017.
- Sesión del 16 de abril: Se ponen a consideración de la Comisión los proyectos de acuerdo sobre creación de Salas Especiales de Decisión de revisión eventual de acciones populares y de grupo y distribución a la Sección Tercera de acciones de tutela dirigidas contra tribunales de arbitraje. Aprobado el articulado por la Comisión, los proyectos se enviaron a la Sala Plena para su discusión y aprobación.
- Creación de Salas Especiales de Decisión de revisión eventual de acciones populares y de grupo, mediante Acuerdo 078 del 24 de abril de 2018, así como lo relativo a su integración y funcionamiento.

- Junio de 2018: Elaboración del proyecto de acuerdo sobre quórum deliberatorio
  y decisorio para resolver el recurso de apelación que se interponga contra la
  sentencia proferida en primera instancia por las Salas Especiales de Decisión
  respecto de la solicitud de pérdida de investidura de los congresistas.
- Sesión del 19 de noviembre 2018: Dada la decisión adoptada en la sentencia del 30 de octubre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia sobre el reparto de tutelas en el Consejo de Estado, se analizó la situación para los efectos de un posible ajuste al reglamento.

Luego de una amplia discusión sobre el particular, al finalizar la reunión se identificaron dos posiciones:

- La primera posición sostuvo que se debe establecer un sistema de reparto de tutelas para conocimiento del Consejo de Estado bajo una "bolsa común", en la cual no se tienen en cuenta porcentajes, especialidades ni se excluye a una sección del conocimiento de las tutelas. Se implementarían Salas de Decisión de tutelas, tanto para primera como para segundas instancias.
- 2. La segunda posición defendió la necesidad de que la segunda instancia en materia de tutelas sea de conocimiento de la sección especializada. Igualmente, recomienda tener en cuenta lo establecido en el Decreto Reglamentario 1983 de 2017, en particular sobre tutelas dirigidas contra tribunales de arbitraje.

Así mismo, se sugirió considerar el proyecto elaborado por la Comisión de Reglamento en el 2017 para la reunión de Paipa, en relación con las tutelas contra las providencias de unificación que profiera el Consejo de Estado, así como contra las proferidas por las Salas Especiales de Decisión.

Se decidió llevar las dos posiciones presentadas en la reunión de la comisión, para su discusión en la Sala Plena del martes 20 de noviembre de 2018.

 Sesión del 3 de diciembre 2018: En atención a lo decidido por la Sala Plena en sesión del 27 de noviembre, se integró una Comisión Especial para la elaboración de un proyecto de reforma al reglamento relacionado con el reparto de tutelas de conocimiento de esta Corporación.

Dicho proyecto fue sometido a primer debate para la aprobación en la Sala Plena del 4 de diciembre de 2018. El segundo debate se presentó en la Sala Plena del 11 de diciembre de 2018, lo que dio lugar a la aprobación del Acuerdo 377 de 2018 de esa última fecha, el cual fue publicado en el Diario Oficial 50807 del 14 de diciembre de 2018 y entró a regir el 11 de enero de 2019.

#### 4.1. Comisiones integradas por la Sala de Consulta y Servicio Civil

#### Comisión de Ética, Transparencia y Rendición de Cuentas

La Comisión de Ética, Transparencia y Rendición de Cuentas estuvo integrada, entre otros, por los doctores Germán Alberto Bula Escobar, Óscar Darío Amaya Navas y Édgar González López. Sus principales acciones durante el año 2018 fueron:

- Sesiones ordinarias: 19 de febrero: Se instala la Comisión y por unanimidad se manifiesta la voluntad de seguir adelantando programas de ética, transparencia y rendición de cuentas en la JCA. Se establece un cronograma para la rendición de cuentas de 2017 y una metodología para el efecto.
- 12 de marzo: Se establece la agenda de eventos "Justicia Abierta: Diálogos con la comunidad "Se sugiere que los Tribunales Administrativos tengan en cuenta la metodología adoptada por el Consejo de Estado para la rendición de cuentas. Se designa una subcomisión para la rendición de cuentas del Consejo de Estado 2017. Ante su retiro de la Corporación, se exaltó la gestión del Dr. Danilo Rojas para incorporar programas de ética, transparencia y rendición de cuentas en el Consejo de Estado y en la JCA.
- 18 de junio: Se analizó el borrador del informe de gestión 2017 del Consejo de Estado que se presentaría en la audiencia de rendición de cuentas prevista para el 1 de agosto. El presidente del Consejo de Estado rindió un informe sobre el programa "Justicia Abierta: Diálogos con la comunidad".
- 23 de julio: Se analizó y aprobó la metodología para la rendición de cuentas del Consejo de Estado a celebrarse el 1 de agosto de 2018.
- 1 de agosto de 2018: Audiencia de rendición de cuentas 2017 del Consejo de Estado.

#### Comisión de Presupuesto

Por otro lado, la Comisión de Presupuesto estuvo integrada, entre otros, por el doctor Álvaro Namén Vargas. Resaltan como principales acciones de dicha comisión durante el 2018 las siguientes:

- Seguimiento a la ejecución de los recursos del Consejo de Estado, en especial de inversión, asignados por el Consejo Superior de la Judicatura.
- Participó en el análisis y revisión del proyecto de gastos y requerimientos para 2019, presentado por la Corporación al Consejo Superior de la Judicatura.

- Impulsó de manera muy activa ante el Gobierno Nacional la reglamentación del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, lo cual se logró mediante Decreto 1482 del 6 de agosto de 2018.
- Participó en los debates convocados por el Congreso de la República, en especial por el Comisión Primera de la Cámara de Representes, durante el trámite de la reforma a la justicia (archivada) en temas presupuestales, en donde se sustentó la necesidad de alcanzar una verdadera autonomía presupuestal a través de una cláusula constitucional que garantice un porcentaje mínimo.
- Gestionó ante el Ministerio de Hacienda la asignación de importantes recursos presupuestales para la Corporación con destino a una planta transitoria, lo cual se logró a través del Decreto 2467 del 28 de diciembre de 2018, que liquida el Presupuesto General de la Nación para la presente vigencia fiscal de 2019.

#### Comisión de Relatoría

Por último, la Comisión de Relatoría estuvo integrada, entre otros, por el doctor Óscar Darío Amaya Navas. Sus principales actividades durante el año 2018 fueron:

- Elaboración e implementación del manual de relatoría, unificación de criterios para la elaboración del boletín de jurisprudencia, fijación de políticas para el desarrollo de las actividades realizadas al interior de las relatorías, construcción de un listado uniforme de temas y la unificación de buenas prácticas que propendan por una justicia ágil, moderna y eficiente, y que garanticen una respuesta pronta y oportuna a los usuarios de la administración de la justicia.
- 11 boletines de jurisprudencia.
- 21.287 usuarios registrados en la bases de datos de la Corporación.
- 14.388 visitas al portal web del nuevo buscador de relatorías.
- 16.776 Providencias tituladas.
- 9.272 Consultas absueltas.

#### 5. Organización de actividades académicas y culturales

#### 5.1. Elección del Presidente del Consejo de Estado

El doctor Germán Alberto Bula Escobar, integrante de la Sala de Consulta y Servicio Civil, fue elegido como Presidente del Consejo de Estado, en reemplazo del doctor Jorge Octavio Ramírez.



#### 5.2. Justicia Abierta

Con ocasión del programa Justicia Abierta, el Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil participó en varias charlas a lo largo del país sobre la "Distinción Entre Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental".

En la imagen, conferencia llevada a cabo el 5 de octubre de 2018 en el departamento de Arauca.



#### 5.3. Consejo de Estado en línea

La Sala de Consulta y Servicio Civil participó en el programa Consejo en línea con video conferencia realizada por el Magistrado Auxiliar de la Sala, doctor Juan Manuel Laverde, con el tema *"Las Sanciones Administrativas. Análisis jurisprudencial"*.

La anterior se transmitió el 26 de abril de 2018.



#### 5.4. Evento Cultural de fin de año

El evento de cultural de fin de año del Consejo de Estado tuvo lugar el 6 de diciembre de 2018, en las inmediaciones del Club Colsubsidio Bellavista.

La organización del este evento fue liderada por el Doctor Germán Alberto Bula Escobar, consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil y Presidente del Consejo de Estado, con el apoyo del equipo de trabajo de la Presidencia del Consejo de Estado y de la Sala de Consulta y Servicio Civil.



#### 6. Publicaciones

# 6.1. Memorias de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para 2017 (III Tomos)

La Sala de Consulta y Servicio Civil en el año 2018 publicó la octava edición de su memoria anual. Esta publicación, integrada por tres volúmenes, recoge el resumen de las principales actividades realizadas por la Sala durante el año inmediatamente anterior, así como los textos completos de los conceptos a los que se les levantó la reserva durante la misma anualidad y una selección de conflictos de competencias administrativas resueltos durante el mismo periodo. Dicha publicación fue posible gracias al apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

#### 7. Definición de conflictos de competencias administrativas

Durante el año 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió 160 conflictos de competencias administrativas, en ejercicio de la facultad asignada en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005 y que hoy está regulada en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011. A continuación se presenta una relación de los conflictos resueltos atendiendo a criterios temáticos.

#### 7.1. Conflictos en materia de familia

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700166	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal Urabá - Regional Antioquia, y el Juzgado Promiscuo de Familia de Turbo, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe continuar con las acciones administrativas de restablecimiento de derechos de los menores KJR., ER, LFR y CDR., y en particular el proceso de adopción de los menores.		Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
2.	201700176	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Sexto de Familia de Ibagué y la Defensoría de Familia del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - Centro Zonal Jordán de Ibagué – ICBF - Regional Tolima, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos iniciado por el defensor de familia de la mencionada defensoría en favor de JHS.	Declarar que la Defenso- ría de Familia del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - Centro Zonal Jordán de Ibagué del ICBF - Regional Tolima, y el Juzgado Sexto de Familia de Ibagué, no son competentes para continuar con el proce- dimiento administrativo de restablecimiento de dere- chos iniciado por el defensor de familia de la mencionada defensoría en favor de JHS.	Germán Alberto Bula Escobar
3.	201700177	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal Urabá - Regional Antioquia y el Juzgado Promiscuo de Familia de Turbo, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor JALC, y en particular el proceso de adopción del niño.	Declarar competente a la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal de Urabá - Regional Antioquia del ICBF para continuar con el trámite administrativo de adoptabilidad del menor JALC y hacer efectiva la medida de protección de restablecimiento de derechos declarada por el Juez Promiscuo de Familia de Turbo.	Édgar González López
4.	201700199	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Primera de Familia del municipio de Villavicencio (Meta) y el Juzgado Tercero de Familia del Circuito Judicial de Villavicencio (Meta), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe continuar con el proceso administrativo de violencia intrafamiliar No. 313/2016 del menor TANP.	Declarar competente a la Comisaría Primera de Familia de Villavicencio para que resuelva la solicitud presentada por el padre del menor como recurso de apelación, dada su improcedencia y para continuar con el proceso de VIF No. 323/2016 del menor TANP.	Óscar Darío Amaya Navas
5.	201800008	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Once de Familia Suba 1 y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Suba - Regional Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejecutar una medida de amonestación a favor de la menor VSPM.	Declarar competente a la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Suba – Regional Bogotá, para que, conozca del incumplimiento de la medida de amonesta- ción de que trata el artículo 55 de la Ley 1098 de 2006.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
6.	201800018	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Décima de Familia de Bogotá y la Defensoría de Familia del ICBF - Centro Zonal Engativá - Regional Bogotá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para iniciar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor del niño JANL.	Declarar la falta de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría Décima de Familia de Bogotá y la Defensoría de Familia Centro Zonal Engativá -Regional Bogotá-, Regional Antioquia.	Óscar Darío Amaya Navas
7.	201800026	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia ICBF Regional Antioquia Centro Zonal Noroccidental y el Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Medellín, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el trámite de la solicitud hecha por la madre del menor SGV.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento en el presente asunto planteado a título de conflicto negativo de competencias administrativas entre la Defensoría de Familia ICBF – Centro Zonal Noroccidental - Regional Antioquia y el Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Medellín, en relación con el trámite de la solicitud hecha por la madre del menor SGV.	Óscar Darío Amaya Navas
8.	201800047	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia Centro Zonal Aburrá Norte - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia y la Comisaría de Familia del municipio Donmatías (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para dar inicio al trámite de restablecimiento de derechos de la menor JAPG.	Declarar la falta de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Donmatías (Antioquia) y la Defensoría de Familia Centro Zonal Aburrá Norte - Regional Antioquia.	Álvaro Namén Vargas
9.	201800081	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) del Centro Zonal Penderisco de la Regional Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos de la joven MBB, adoptadas por el Juzgado de Familia mediante Sentencia N° 115 del 3 de noviembre de 2017.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia, para que, por conducto del Coordinador del Centro Zonal de Urrao, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por el Juez de Familia ubicada en el municipio de Urrao, en favor de la adolecente MBB.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201800082	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Quinto de Familia Oral de Neiva (Huila) y la Defensoría de Familia - Centro Zonal La Gaitana de Neiva - Regional Huil - ICBF, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud hecha por la Defensoría para convertir en arresto la sanción de multa impuesta al señor Alexander Cabrera Soto, en las actuaciones administrativas relacionadas con la vulneración de los derechos de su menor hija que fueron materia de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la menor.	Declararse inhibida para decidir de fondo sobre el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Quinto de Familia de Neiva y la Defensoría Séptima de Familia - Centro Zonal La Gaitana de Neiva - ICBF - Regional Huila, por razón de la solicitud hecha por la Defensoría para convertir en arresto la sanción de multa impuesta al señor Alexander Cabrera Soto, en las actuaciones administrativas relacionadas con la vulneración de los derechos de su menor hija que fueron materia de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la menor.	Germán Alberto Bula Escobar
11.	201800083	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Urrao (Antioquia) y el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el seguimiento de las medidas de restablecimiento de derechos del menor NBB.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia para que, por conducto del coordinador del Centro Zonal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia de Urrao, a favor del menor NBB.	Álvaro Namén Vargas
12.	201800084	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), la Comisaría de Familia del municipio de Urrao y el Defensor de Familia del ICBF - Centro Zonal Penderisco, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por el Comisario de Familia de Urrao a favor de los menores MAQH, MAQH y JADQ.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia para que, por conducto del coordinador del Centro Conal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia ubicada en el municipio de Urrao, en favor de los menores MAQH, MAQH y JADQ.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
13.	201800085	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Urrao (Antioquia) y el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para determinar el posible cambio de la medida de protección que adoptó la Comisaría de Familia de Urrao dentro del PARD de la menor de edad LHJ, a raíz de la manifestación de la hermana biológica de la niña de acogerla en su medio familiar.	Declarar competente al Comisario de Familia de Urrao (Antioquia) para resolver si modifica o no la medida de protección adoptada en favor de la niña LHJ, por las razones anteriormente expuestas.	Édgar González López
14.	201800086	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Urrao (Antioquia) y el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente a la que le corresponde adelantar el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por el Comisario de Familia de Urrao a favor de la menor LDCC.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia para que, por conducto del coordinador del Centro Conal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia de Urrao, a favor de la menor LDCC.	Álvaro Namén Vargas
15.	201800087	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), la Comisaría de Familia del municipio de Urrao y el Defensor de Familia del ICBF, Centro Zonal Penderisco, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por el Comisario de Familia de Urrao a favor del menor UUF.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia para que, por conducto del coordinador del Centro Zonal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia de Urrao, a favor del menor UUF.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
16.	201800088	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), la Comisaría de Familia del municipio de Urrao y el Defensor de Familia del ICBF, Centro Zonal Penderisco, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por el Comisario de Familia de Urrao en favor del niño HAAL.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia, para que, por conducto del coordinador del Centro Zonal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia ubicada en el municipio de Urrao, en favor del niño HAAL.	Óscar Darío Amaya Navas
17.	201800089	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia) y la Comisaría de Familia de Urrao (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el seguimiento a las medidas de protección adoptadas en el fallo del 22 de septiembre de 2016, en favor de la menor WVAL, el cual culminó el proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado por la Comisaría de Familia del municipio de Urrao (Antioquia)	Declarar competente al Coordinador(a) del Centro Zonal 15 Penderisco, del ICBF - Regional Antioquia, ubicado en el municipio de Urrao, para que continúe con el seguimiento de las medidas de restablecimiento adoptadas en favor de la menor WVAL, dentro del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que culminó con el fallo del 22 de septiembre de 2016 proferido por la Comisaría de Familia del municipio de Urrao.	Germán Alberto Bula Escobar
18.	201800090	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia) y la Comisaría de Familia de Urrao (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe adelantar el seguimiento de las medidas de protección adoptadas por la Comisaría de Familia de Urrao, a favor de la menor MPAL.	Declarar competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Antioquia para que, por conducto del Coordinador del Centro Zonal de Penderisco, efectúe el seguimiento a las medidas de restablecimiento adoptadas por la Comisaría de Familia del municipio de Urrao, en favor de la menor MPAL.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
19.	201800116	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia de Villamaría (Caldas) y la Comisaría Primera de Familia de Dosquebradas (Risaralda), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la orden del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villamaría contenida en su decisión del 14 de diciembre de 2017, consistente en "rehacer el Proceso de Restablecimiento de Derechos en favor de las menores, subsanando todas las irregularidades detectadas (), de considerarse necesario adoptar en la decisión de fondo otras medidas de restablecimiento de derechos menos gravosas y vulneratorias de derechos que no impliquen la separación de las niñas del lado y protección de su madre".	Declararse inhibida para dirimir el conflicto suscitado entre la Comisaría de Familia de Villamaría y la Comisaría Primera de Familia de Dosquebradas, según las consideraciones expuestas.	Édgar González López
20.	201800139	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Nariño - Centro Zonal Pasto Uno y la Comisaría de Familia de Malambo (Atlántico), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos del niño BMN.	Declarar la falta de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Nariño - Centro Zonal Pasto Uno y la Comisaría de Familia de Malambo (Atlántico).	Álvaro Namén Vargas
21.	201800140	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Cundinamarca - Centro Zonal Zipaquirá y la Defensoría de Familia del ICBF - Regional Bogotá - Centro Zonal San Cristóbal, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos dictadas a favor del adolescente DFCT.	Declararse inhibida para resolver el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Cundinamarca - Centro Zonal de Zipaquirá y la Defensoría de Familia del ICBF - Regional Bogotá - Centro Zonal de San Cristóbal, en relación con el seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos dictadas a favor del adolescente DFCT.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
22.	201800157	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Comisaría de Familia Once Móvil de Santiago de Cali (Valle del Cauca), y la Defensoría de Familia del Centro Zonal Centro - Regional Valle del Cauca del ICBF, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño JCCN.	Declarar la falta de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para decidir de fondo sobre el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Centro, Unidad CAIVAS - Regional Valle del Cauca y la Comisaría de Familia Once Móvil del municipio de Santiago de Cali, para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado por la Defensoría de Familia en favor del menor JCCN.	Germán Alberto Bula Escobar

## 7.2. Conflictos en materia de pensiones

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700068	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Secretaría de Educación y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, y el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar el reconocimiento pensional del señor Buenaventura Albornoz Cruz.	PRIMERO: Dejar sin efecto la Decisión proferida el 20 de junio de 2017 que declaró competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para resolver la petición de reconocimiento de pensión del señor Buenaventura Albornoz Cruz.  SEGUNDO: Declarar competente al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep) para resolver la petición de reconocimiento de pensión del señor Buenaventura Albornoz Cruz.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
2.	201700169	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Nación - Ministerio de Defensa Nacional y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez presentada por el señor Segundo Eduardo Paredes Cabezas.	Declarar que Colpensiones es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimien- to pensional del señor Sar- gento Segundo (r) Segundo Eduardo Paredes Cabezas.	Germán Alberto Bula Escobar
3.	201700178	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez presentada por la señora María Casimira Batalla Montaño.	Declarar competente al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., en relación con la solicitud de reconocimiento pensional formulada por la señora María Casimira Batalla Montaño, por las razones expuestas anteriormente.	Óscar Darío Amaya Navas
4.	201700179	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud de reliquidación pensional de jubilación formulada por la señora Orfilia Cruz Cruz.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Pen- sional y Contribuciones Pa- rafiscales de la Protección Social (UGPP), en relación con la solicitud de reliquida- ción pensional de jubilación formulada por la señora Or- filia Cruz Cruz.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5.	201700180	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Fiduciaria Popular S.A., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para cumplir la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cúcuta, de 29 de abril de 2011, que ordenó una nueva liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Doralba Chávez Angarita por la E.S.E. Francisco de Paula Santander, hoy liquidada; sentencia que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 30 de abril de 2014.	Declarase inhibida para emitir pronunciamiento en el presente asunto planteado a título de conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Fiduciaria Popular S.A., por cuanto el fallo judicial proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cúcuta, de 29 de abril de 2011, y el proferido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 30 de abril de 2014, que lo confirmó, resolvieron de fondo la petición de la señora Doralba Chávez Angarita y ordenaron a la Fiduciaria Popular S.A. la reliquidación de la mesada pensional y el pago de las sumas correspondientes.	Germán Alberto Bula Escobar
6.	201700181	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Gobernación de Antioquia – Secretaría de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para proceder al estudio de la solicitud de reconocimiento y pago pensional de la señora María Emilse Mora Cataño.	Declarar competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Gobernación de Antioquia, a través de la Secretaría de Educación de Antioquia, para estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento y pago pensional presentada por la señora María Emilse Mora Cataño, identificada con la cédula de ciudadanía No. 21.523.376 de Barbosa, Antioquia, en los términos expuestos en esta decisión.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
7.	201700182	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Caja de Previsión Social del municipio de Bucaramanga, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Mario Gamboa.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensio- nes) y la Alcaldía de Bucara- manga - Fondo Territorial de Pensiones del municipio de Bucaramanga y la empresa de Telebucaramanga, en relación con la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Ma- rio Gamboa.	Óscar Darío Amaya Navas
8.	201700190	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento del derecho pensional que reclama la señora Mercedes Bustillo de Bueno.	Declarar competente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para resolver de fondo sobre la pensión de jubilación recla- mada por la señora Merce- des Bustillo De Bueno.	Germán Alberto Bula Escobar
9.	201700198	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional de la señora Nubia de los Santos Fedullo Díaz Granados.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas, en relación con la solicitud de la señora Nubia de los Santos Fedullo Díaz Granados.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201800003	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administratora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para sustituir al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en el cumplimiento del fallo proferido el 27 de marzo de 2012 por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, el cual dispuso lo siguiente: "()SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a tener en cuenta el tiempo laborado por el señor BLAS HERNANDO BETANCURT CIUFFETELLI como supernumerario en el ISS para los efectos del otorgamiento de la pensión que reclama. () TERCERO: Condenar al Instituto de Seguros Sociales a pagar las costas procesales a favor del señor Blas Hernando Betancurt Ciuffetelli en un 100%, teniendo en cuenta que las agencias en derecho fueron fijadas en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000,00)".	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para cumplir el fallo No. 047 del 27 de marzo de 2012, proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales.	Óscar Darío Amaya Navas
11.	201800004	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Secretaría de Educación de Villavicencio y la Secretaría de Educación del Meta, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe reconocer y pagar la pensión de invalidez de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez presentada por la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
12.	201800005	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación presentada por la señora Magaly Sarmiento Castro.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional formulada por la señora Magaly Sarmiento Castro.	Álvaro Namén Vargas
13.	201800006	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Departamento del Amazonas - Fondo Departamental de Pensiones Públicas del Departamento del Amazonas, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar la petición de derechos pensionales hecha por la señora Inés Barrera Araujo en su calidad de compañera permanente y supérstite del señor Carlos Andoque Andoque.	Declarar competente al Departamento del Amazonas - Fondo Departamental de Pensiones Públicas del Departamento del Amazonas para conocer y decidir sobre la solicitud de reconocimiento de derechos pensionales del señor Carlos Andoque Andoque, identificado con la cédula de ciudadanía número 15.875. 027 y de sustitución pensional, presentada por la señora Inés Barrera Araujo con cédula de ciudadanía 40.177.515, en su condición de compañera permanente.	Germán Alberto Bula Escobar
14.	201800007	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Departamento de Antioquia – Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe concurrir al pago de las cuotas partes pensionales que le correspondía reconocer al extinto Incora, en razón a las pensiones de jubilación asumidas por el departamento de Antioquia en los años 1971, 1983, 1984, 1989 y 1993.	Declarar competente a la UGPP para resolver de fondo las solicitudes presentadas por el Departamento de Antioquia, en su calidad de administradora de las cuotas partes pensionales presuntamente adeudadas al Departamento de Antioquia desde el año 2005 al 2016 por parte del extinto Incora. Lo anterior respecto de las solicitudes presentadas sobre las pensiones de jubilación reconocidas a los señores Luis Carlos Fabio de Jesús Sierra Pérez; Luis Enrique Bravo Montoya; Luis Ángel López Cardona; José Édgar Tamayo Portilla; Luis Felipe López Cardona, y Gonzalo de León Castrillón, en los términos del Decreto 2796 de 2013	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
15.	201800022	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el municipio de San Cayetano, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Cecilia Wilches de Benítez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cecilia Wilches de Benítez con carácter prioritario y en atención a la protección constitucional reforzada a la cual tiene derecho.	Édgar González López
16.	201800023	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud de pensión del señor Jorge Elías Machado.	Declararse inhibida para resolver del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en relación con la solicitud de pensión del señor Jorge Elías Machado, en los términos indicados.	Álvaro Namén Vargas
17.	201800029	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento pensional del señor Manuel Sánchez Ospino.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensio- nal y Contribuciones Parafis- cales de la Protección Social (UGPP) por las razones expli- cadas en la decisión.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
18.	201800030	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Gobernación del Chocó, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez presentada por la señora Pascuala Murillo Morales, en calidad de cónyuge supérstite.	Declararse inhibida para co- nocer del presente conflicto de competencias adminis- trativas entre la Goberna- ción del Chocó y la Admi- nistradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por las razones expuestas en la parte motiva.	Óscar Darío Amaya Navas
19.	201800031	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio funerario en favor de la señora Luz Nelly Melo Hernández.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) para tramitar la solicitud de reconocimiento del auxilio de funerario presentada por la señora Luz Nelly Melo Hernández.	Édgar González López
20.	201800032	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio funerario en favor del señor Víctor Ernesto Molina Gaviria.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para tramitar la solicitud de reconocimiento del auxilio de funerario presentada por el señor Víctor Ernesto Molina Gaviria.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
21.	201800050	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el estudio de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Maricela Aracu, teniendo en cuenta que se desempeñó como funcionaria del INPEC por más de 20 años.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Maricela Aracu, identificada con cédula de ciudadanía No 34.512.733 de Puerto Tejada, Cauca.	Édgar González López
22.	201800062	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer y resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por el señor Germán Bonilla.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Germán Bonilla.	Óscar Darío Amaya Navas
23.	201800063	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), Positiva Compañía de Seguros S.A. y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para atender una petición de cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado 27 Laboral Adjunto del Circuito de Cali, mediante el cual se ordenó la inclusión en nómina del incremento de la pensión del señor Santos Martínez Lozano.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensio- nes), la Unidad Adminis- trativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protec- ción Social (UGPP), Positiva Compañía de Seguros S. A. y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP) en los términos ex- puestos.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
24.	201800064	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación presentada por el señor Gregorio Córdoba Moreno.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para conocer sobre el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación del señor Gregorio Córdoba Moreno.	Germán Alberto Bula Escobar
25.	201800065	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y el Fondo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez presentada por el señor Gonzalo Quintero Perea.	Declarar que la Administra- dora Colombiana de Pen- siones (Colpensiones) es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensio- nal del señor Gonzalo Quin- tero Perea.	Óscar Darío Amaya Navas
26.	201800080	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de la señora Zulia Matilde Fábregas Africano.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
27.	201800101	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento del Chocó – Fondo Territorial de Pensiones y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver sobre el reconocimiento de la sustitución pensional presentada por la señora Sonia Murillo Mosquera.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la so- licitud de reconocimiento de la sustitución pensional pre- sentada por la señora Sonia Murillo Mosquera.	Édgar González López
28.	201800102	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición de reconocimiento pensional de la señora Clara Elizabeth Cancino Díaz.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Clara Elizabeth Cancino Díaz, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 41.759.388	Óscar Darío Amaya Navas
29.	201800103	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Lilia Isabel Painchault Sampayo.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas de la referencia, suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contri- buciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombia- na de Pensiones (Colpensio- nes).	Álvaro Namén Vargas
30.	201800110	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por la señora Lucero Botero López.	Declarar competente a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contri- buciones Parafiscales para Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Lucero Botero López.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
31.	201800111	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Luis Carlos Gallego Santos, teniendo en cuenta que prestó sus servicios profesionales en el sector privado, en el que cotizó al ISS, y en el sector público, en el cual cotizó a Cajanal.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento y pago pensional presentada por el señor Luis Carlos Gallego Santos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.239.859 de Bogotá, en los términos expuestos en esta decisión.	Édgar González López
32.	201800112	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente solicitada por la señora Cándida Rosa Jiménez Pardo.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, presentada por la señora Cándida Rosa Jiménez.	Álvaro Namén Vargas
33.	201800113	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de "pensión de vejez" presentada inicialmente a Colpensiones por la señora María Fanny Morales Valencia.	Declarar que la Administra- dora Colombiana de Pen- siones (Colpensiones) es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Ma- ría Fanny Morales Valencia.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
34.	201800120	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Departamento de Bolívar -Fondo Territorial de Pensiones de Bolívar, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo y de manera permanente la petición de reconocimiento y pago de la pensión de la señora Aminta María Omeara de Rangel.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Édgar González López
35.	201800122	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo sobre la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Luis Briceño Guarín.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por Luis Briceño Guarín.	Álvaro Namén Vargas
36.	201800127	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y Porvenir S. A., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe estudiar la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez del señor Delio Olivo Rodríguez Rodríguez.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Delio Olivo Rodríguez Rodríguez.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
37.	201800130	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Seguro Social (PARISS) y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el derecho de petición radicado por el señor Víctor Jaime Duque Sepúlveda, referente a la certificación de su tiempo laborado en el ISS.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Óscar Darío Amaya Navas
38.	201800131	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar de fondo la solicitud pensional presentada por la señora Ángela María Sánchez Rueda, como cónyuge supérstite del señor Luis Alfredo Vargas González.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en este asunto, por la inexistencia actual de un conflicto de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas
39.	201800132	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Hospital Felipe Suárez de Salamina (Caldas), el Departamento de Caldas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para certificar y pagar el bono pensional a la señora Gloria Inés Marín de Botero, por el periodo laborado en el Hospital Felipe Suárez de Salamina (Caldas), hoy E.S.E. Hospital Felipe Suárez de Salamina (Caldas).	Declarar competente a la E.S.E. Hospital Felipe Suárez de Salamina (Caldas) para estudiar y resolver de fondo la petición de la señora Gloria Inés Marín de Botero, relacionada con la certificación y el pago de la cuota parte del bono pensional que reclama por el tiempo de su vinculación laboral a esa institución.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
40.	201800147	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el municipio de Santa Bárbara (Antioquia) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes presentada por Rosalba Caro Morales en su condición de cónyuge supérstite del señor Martín Emilio Villada Bedoya.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto negativo de competencias administrativas.	Álvaro Namén Vargas
41.	201800148	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez presentada por el señor Henry Bautista Cacua.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por el señor Henry Bautista Cacua.	Germán Alberto Bula Escobar
42.	201800149	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de pensión de vejez presentada inicialmente a Colpensiones por la señora Edilma Moya Cuartas.	Declarar que la Administra- dora Colombiana de Pen- siones (Colpensiones) es la entidad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensio- nal presentada por la señora Edilma Moya Cuartas.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
43.	201800155	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Gobernación del Norte de Santander – Fondo Departamental de Pensiones Públicas Territoriales de Norte de Santander y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes presentada por la señora Lilia del Carmen Pérez, en representación de su hijo Édgar Romero Pérez.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional, o pensión de sobrevivientes, presentada por la señora Lilia del Carmen Pérez, en favor de su hijo Édgar Romero Pérez.	Édgar González López
44.	201800162	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Empresa Social del Estado E.S.E. Hospital El Salvador de Ubaté, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca y la Secretaría de Salud de la Gobernación de Cundinamarca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe dar trámite a la solicitud realizada por la señora María Lucila Pachón Rodríguez en relación con el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho, por haber laborado en el Hospital San Salvador de Ubaté.	Declarar competente a la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Departamento de Cundinamarca para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la señora María Lucila Pachón Rodríguez, según los términos expuestos en esta decisión.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
45.	201800163	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Rosa Elvira Arias Arias.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas de la referencia, suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contri- buciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colom- biana de Pensiones (Col- pensiones).	Álvaro Namén Vargas
46.	201800164	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar de fondo la solicitud pensional presentada por las señoras Consuelo Ballesteros López, como cónyuge supérstite y Lizeth del Carmen Camaño Gutiérrez en calidad de compañera permanente del señor Justo Mercado Beleño.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Unidad Administrativa Es- pecial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafisca- les de la Protección Social (UGPP) y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) en relación con la solicitud de reconoci- miento y pago de la pensión de sobrevivientes formula- da por las señoras Consuelo Ballesteros López, en cali- dad de cónyuge supérstite, y Lizeth del Carmen Cama- ño Gutiérrez, en calidad de compañera permanente, con ocasión del fallecimien- to del señor Justo Mercado Beleño.	Óscar Darío Amaya Navas
47.	201800174	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Cundinamarca y la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para que continúe el proceso disciplinario iniciado contra el señor César Ángel Barriga Monroy, en su condición de Curador Urbano No. 1 de Soacha (Cundinamarca).	Declarar competente a la Superintendencia de Notariado y Registro - Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras con asignación de funciones de la Delgada para Curadores Urbanos para que continúe el proceso disciplinario iniciado contra el señor César Ángel Barriga Monroy en su condición de Curador Urbano No. 1 de Soacha (Cundinamarca).	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
48.	201800177	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento de Nariño – Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño y el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Fomag), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación causada por el señor Adriano D´Croz Satizábal, a favor de su compañera permanente y supérstite, señora Adriana Valencia D´croz.	Declarar competente al Departamento de Nariño – Fondo Territorial de Pensiones Públicas de Nariño para conocer y decidir sobre la solicitud de reconocimiento de derechos pensionales del señor Adriano D´Croz Satizábal, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía número 6.1493.803, y de sustitución pensional presentada por la señora Adriana Edith Valencia D´Croz, identificada con cédula de ciudadanía 66.991.653, en su condición de compañera permanente.	Álvaro Namén Vargas
49.	201800182	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio funerario en favor del señor Luis Fernando Sotomayor Díaz.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para tramitar la solicitud de reconocimiento del auxilio de funerario presentada por el señor Luis Fernando Sotomayor Díaz.	Édgar González López
50.	201800194	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada por la señora Mercedes Mariela Vega García.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
51.	201800195	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor de la señora Ana Graciela Peña Sánchez, según Resolución No. RDP 017896 de 2014 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A. para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como consecuencia de la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Ana Graciela Peña Sánchez.	Édgar González López
52.	201800196	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para asumir el estudio del pago de los aportes patronales que le correspondían al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor del señor Miguel Antonio Pardo Caballero, según las resoluciones RDP 028527 del 19 de septiembre de 2014 y RDP 018907 del 25 de mayo de 2018 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado Treinta Administrativo de Bogotá, Sección Segunda, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor Miguel Antonio Pardo Caballero, de conformidad con las razones expuestas.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
53	201800197	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor del señor Braulio Román Arias Páez, según Resolución No. UGM 038178 del 20 de agosto de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento de los fallos judiciales emitido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta y el Tribunal Administrativo del Magdalena de fecha 19 de junio de 2012 y 29 de mayo de 2013, en favor del señor Braulio Román Arias Pérez, de conformidad con las razones expuestas.	Édgar González López
54.	201800198	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor de la señora Soledad Rincón Marín, según Resolución No. RDP 019562 de 2016 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento del fallo judicial emitido por Juzgado Primero Administrativo de Manizales de fecha 23 de julio de 2014, confirmado por fallo del Tribunal Administrativo de Caldas del 2 de febrero de 2015, de conformidad con las razones expuestas.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
55.	201800199	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor de la señora Diana Sánchez González, según Resolución No. RDP 041121 de 2015 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento del fallo judicial emitido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Armenia de fecha 27 de junio de 2013, confirmado por fallo del Tribunal Administrativo de Quindío del 27 de febrero de 2015, de conformidad con las razones expuestas.	Óscar Darío Amaya Navas
56.	201800200	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para asumir el estudio del pago de los aportes patronales que le correspondían al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor de la señora Clementina Banda Urango, según Resolución No. RDP 006877 de 2017 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Clementina Banda Urango, de conformidad con las razones expuestas.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
57.	201800201	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el estudio de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Erleida Isabel Padrón Cárdenas.	Declarar competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Erleida Isabel Padrón Cárdenas.	Édgar González López
58.	201800204	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el municipio de Rovira (Tolima), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización de sobrevivientes reclamada por la señora Nelly Sánchez Guerrero, por el fallecimiento de su esposo Jaime Herrera Rueda.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre el municipio de Rovira (Tolima) y Colpensiones.	Édgar González López
59.	201800208	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para asumir el estudio del pago de los aportes patronales sobre los factores de salario no cotizados por el extinto DAS como consecuencia de los fallos del Juzgado Veintiocho Administrativo oral del Circuito de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenaron la reliquidación de la pensión de vejez del señor Édgar Antonio Jaimes Cuéllar, exfuncionario del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), hoy liquidado.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduciaria La Previsora Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento de los fallos judiciales proferidos por el Juzgado Veintiocho Administrativo Oral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, que ordenaron la reliquidación de la pensión de vejez del señor Édgar Antonio Jaimes Cuéllar, de conformidad con las razones expuestas.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
60.	201800209	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), teniendo en cuenta la reliquidación pensional realizada por la UGPP en favor del señor Víctor Hugo Gaitán Rozo, según Resolución No. RDP 004697 de 2016 y en cumplimiento de una orden judicial.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A., para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en cumplimiento del fallo judicial emitido por el Juzgado Noveno y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fechas 12 de mayo de 2014 y 30 de septiembre de 2014, respectivamente, en favor del señor Víctor Hugo Gaitán Rozo, de conformidad con las razones expuestas.	Édgar González López
61.	201800210	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), el Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Fiscalía General de la Nación - Policía Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S. A. y la Unidad Nacional de Protección, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como consecuencia de la reliquidación de la pensión de vejez del señor José Oromairo Álvarez Martínez.	Declarar competente al Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, administrado y representado legalmente por la sociedad Fiduprevisora S. A. para asumir el estudio del pago del aporte patronal que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como consecuencia de la reliquidación de la pensión de vejez del señor José Oromairo Álvarez Martínez.	Germán Alberto Bula Escobar

## 7.3. Conflictos en materia de investigaciones disciplinarias

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700123	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y el Fondo Nacional del Ahorro – Oficina Jurídica – Control Disciplinario Interno, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja disciplinaria presentada ante el Procurador General de la Nación por quien para la época (agosto de 2014) desempeñaba el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica del FNA, en contra de quien, también para esa misma época, desempeñaba el cargo de Vicepresidente de Cesantías y Crédito de la misma entidad.	Declarar competente al Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo Nacional del Ahorro para conocer de la queja disciplinaria instaurada por el doctor Virgilio Alfonso Hernández Castellanos contra el doctor Jorge Luis Peñuela Ramos, quienes para la época de los hechos desempeñaban, respectivamente, los cargos de Jefe de la Oficina Jurídica y Vicepresidente de Cesantías y Crédito.	Germán Alberto Bula Escobar
2.	201700161	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) – Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) – Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer y decidir sobre el proceso disciplinario No. 213-304-2016-72 iniciado por la DIAN contra la servidora pública Jenny Liliana Castro Vargas, quien labora en la Seccional de Impuestos y Aduanas de Sogamoso.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) – Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno para continuar con el conocimiento y decidir de fondo la investigación disciplinaria No. 213-304-2016-72, iniciada contra la señora Jenny Liliana Castro Vargas.	Germán Alberto Bula Escobar
3.	201700175	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Club Militar y la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor José Luis Valdiri González.	Declarar que ni la Procu- raduría Segunda Delegada para la Vigilancia Adminis- trativa de la Procuraduría General de la Nación ni el Club Militar son competen- tes para adelantar el pro- ceso disciplinario en contra del señor José Luis Valdiri González.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
4.	201700200	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar - Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja disciplinaria presentada por el señor Rafael Samudio Milanés contra el Intendente Regional de Cartagena de la Superintendencia de Sociedades, señor Horacio Del Castillo De Brigard, por las presuntas irregularidades presentadas durante el trámite del proceso de reorganización empresarial del comerciante Álvaro Rainero Aldana Aldana.	Declarar competente a la Superintendencia de Sociedades, por intermedio del Grupo de Control Interno Disciplinario, para conocer de la queja disciplinaria presentada por el señor Rafael Samudio Milanés contra el Intendente Regional de Cartagena de la misma entidad, señor Horacio Enrique Del Castillo De Brigard, por las presuntas irregularidades cometidas dentro del proceso de reorganización empresarial del comerciante persona natural Álvaro Rainero Aldana Aldana.	Álvaro Namén Vargas
5.	201800009	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia) y la Personería municipal de La Pintada (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de una queja disciplinaria presentada contra el inspector municipal de Policía y Tránsito del mencionado municipio.	Declarar competente a la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal de La Pintada (Antioquia) para conocer de la queja disciplinaria presentada contra el doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar en su condición de Inspector de Policía y Tránsito del municipio de La Pintada, al parecer por presuntas irregularidades en el trámite administrativo de una querella de policía por perturbación a la posesión.	Germán Alberto Bula Escobar
6.	201800019	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) y la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar la investigación disciplinaria en contra de DIVM y EDBE, pues en su calidad de funcionarias, y presuntamente abusando de sus funciones, solicitaron dineros para ser consignados en la cuenta de ahorros de un familiar de una de ellas.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) para adelantar la investigación disciplinaria en contra de las funcionarias de la DIAN, DIVM y EDBE.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
7.	201800020	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el recurso de apelación interpuesto, a través de apoderado por el señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra, asistente social grado 01 del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), contra el fallo sancionatorio proferido en su contra por la Juez titular del despacho judicial.	Declarar que el Tribunal Su- perior del Distrito Judicial de Antioquia - Sala Plena, es la autoridad competen- te para resolver el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado por el señor Carlos Alfonso Ro- dríguez Saavedra, quien desempeña el cargo de asistente social grado 01 del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia) contra la sanción disciplina- ria que le impusiera el juez titular del mismo despacho judicial.	Germán Alberto Bula Escobar
8.	201800046	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Club Militar y la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del contratista José Luis Valdiri González.	Declarar que ni la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, ni el Club Militar son competentes para adelantar el proceso disciplinario en contra del señor José Luis Valdiri González.	Óscar Darío Amaya Navas
9.	201800048	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia) y la Personería del municipio de la Pintada (Antioquia), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar proceso disciplinario. SIAF: 2016-191897 IUC-D-2016-905-904323, en contra de la exsecretaria de hacienda y el exalcalde de La Pintada.	Declararse inhibida para co- nocer del presente conflicto de competencias adminis- trativas entre la Personería municipal de La Pintada y la Procuraduría Provincial de Amagá - Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la par- te motiva.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201800097	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Inspección 3B Distrital de Policía de Bogotá D. C. y el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja disciplinaria interpuesta por el señor José Merardo López Higuera, contra la señora Anny Cruz y el señor José Arismendi Rincón.	Declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo en la solicitud de conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Inspección 3B Distrital de Policía y el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaría.	Álvaro Namén Vargas
11.	201800106	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia Nacional de Tierras (ANT), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Procuraduría General de la Nación, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la queja interpuesta por la señora Patricia Chavarro y otros trabajadores del extinto Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), relativa a hechos presuntamente irregulares dentro del trámite de la liquidación del mismo instituto.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para que conozca de la queja disciplinaria presentada por la señora Patricia Chavarro y otros exservidores públicos del extinto Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), sobre presuntas irregularidades en el proceso liquidatorio del instituto en mención.	Germán Alberto Bula Escobar
12.	201800118	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el proceso disciplinario No. IUS 439628-2016, y con el No. Interno de la Superintendencia de Notariado y Registro 064 del 2017, en el cual se encuentra involucrado el arquitecto Ernesto Jorge Clavijo Sierra, en su calidad de Curador No. 1 de Bogotá para la época de los hechos.	Declarar competente a la Superintendencia de Notariado y Registro para dar apertura a la investigación disciplinaria en contra de Ernesto Jorge Clavijo Sierra, quien para la época de los hechos ostentaba el cargo de Curador Urbano No. 1º de la ciudad de Bogotá D. C.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
13.	201800123	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría Provincial de Chiquinquirá y la Personería municipal de Tinjacá (Boyacá), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar la investigación disciplinaria en contra de Agua Tinjacá E.P.S.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre la Personería municipal de Tinjacá y la Procuraduría Provincial de Chiquinquirá.	Édgar González López
14.	201800158	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la investigación disciplinaria contra los curadores urbanos 1 y 2 del municipio de Soacha, como consecuencia de los hechos denunciados por la Contraloría municipal de Soacha.	Declarar competente a la Superintendencia de Notariado y Registro para conocer de la investigación disciplinaria contra los curadores urbanos 1 y 2 del municipio de Soacha, como consecuencia de los hechos denunciados por la Contraloría municipal de Soacha.	Óscar Darío Amaya Navas
15.	201800175	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Buga; el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor Efraín Conde Montoya, en su calidad de conciliador en equidad.	Declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en el presente asunto por inexistencia de conflicto de competencias administrativas.	Édgar González López
16.	201800183	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot y la Procuraduría Provincial de Girardot, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario radicado con el número 021-2012, con ocasión de la queja presentada en contra del Rector de la Institución Educativa Manuel Elkin Patarroyo adscrita al municipio de Girardot, licenciado Fernando Piza Fernández.	Declarar competente a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Girardot, para conocer del proceso disciplinario con radicado No. 021-2012, en contra del señor Fernando Piza Fernández en su calidad de rector de la Institución Educativa Manuel Elkin Patarroyo.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
17.	201800184	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot y la Procuraduría Provincial de Girardot, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario radicado con el número 29-2013, con ocasión de la queja presentada en contra del entonces rector de la Institución Educativa Departamental Policarpa Salavarrieta adscrita al municipio de Girardot, señor Carlos Julio Martínez Alvarado.	Declarar competente a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Girardot para conocer del proceso disciplinario con radicado No. 29-2013, en contra del señor Carlos Julio Martínez Alvarado en su calidad de rector de la Institución Educativa Policarpa Salavarrieta para la época de los hechos.	Álvaro Namén Vargas
18.	201800185	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot y la Procuraduría Provincial de Girardot, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar la investigación disciplinaria en primera instancia, iniciada por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot, en contra del señor Fernando Piza Fernández, rector de la Institución Educativa Manuel Elkin Patarroyo, adscrita a la Secretaría de Educación del municipio de Girardot.	Declarar competente al jefe de la Oficina de Control In- terno Disciplinario de la Al- caldía municipal de Girardot para adelantar el proceso disciplinario en contra del señor Fernando Piza Fer- nández, por las razones an- teriormente expuestas.	Édgar González López
19.	201800186	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot y la Procuraduría Provincial de Girardot, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar la investigación preliminar, en contra del señor Manuel Antonio Fernández Aguirre, en su calidad de Presidente del Instituto de Cultura, Turismo y Fomento de Girardot.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Girardot para adelantar la investigación preliminar, por presuntas irregularidades cometidas por no entregar la información solicitada por los funcionarios encargados de realizar la auditoria, por parte del señor Manuel Antonio Fernández Aguirre, en su calidad de Presidente del Instituto de Cultura, Turismo y Fomento de Girardot.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
20.	201800192	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Procuraduría General de la Nación - Provincial de Fusagasugá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la investigación disciplinaria contra los curadores urbanos 1 y 2 del municipio de Soacha, como consecuencia de los hechos denunciados por la Contraloría municipal de Soacha.	Declarar competente a la Superintendencia de Notariado y Registro para conocer de la investigación disciplinaria contra los curadores urbanos 1 y 2 del municipio de Soacha, como consecuencia de los hechos denunciados por la Contraloría municipal de Soacha.	Álvaro Namén Vargas
21.	201800206	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Buga; el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso disciplinario en contra del señor Efraín Conde Montoya, en su calidad de conciliador en equidad.	Declararse inhibida para co- nocer del presunto conflicto de competencias adminis- trativas suscitado entre el Consejo Seccional de la Ju- dicatura del Valle del Cauca, la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Provin- cial de Guadalajara de Buga y el Tribunal Superior del Dis- trito Judicial de Buga, en rela- ción con la queja presentada contra el señor Efraín Conde Montoya, en su calidad de conciliador en equidad.	Álvaro Namén Vargas
22.	201800211	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Nariño, el Consejo Superior de la Judicatura – Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para abrir la investigación disciplinaria en contra de la Notaría Primera del Círculo de Pasto, Mabel Martínez Vargas, y de la conciliadora designada para el trámite del proceso de insolvencia tramitado en la Notaría, como consecuencia de la queja interpuesta en contra de las dos personas.	Primero: Declarar competente a la Superintendencia Delegada de Notariado de la Superintendencia de Notariado y Registro para conocer en primera instancia el proceso disciplinario en contra de la Notaría Primera del Círculo de Pasto, por las razones anteriormente expuestas.  Segundo: Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Regional de Nariño para conocer en primera instancia el proceso disciplinario en contra de la señora Ángela Marcela Bastidas Tapia, designada por la Notaría Primera del Círculo de Pasto, para actuar como conciliadora dentro del proceso de insolvencia No. 2017-0027, por las razones anteriormente expuestas.	Édgar González López

## 7.4. Conflictos en materia de responsabilidad fiscal

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700201	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General del Risaralda y la Contraloría General de la República – Gerencia Colegiada de Risaralda, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ordenar la reapertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF 700-2017, al encontrar nuevas pruebas que desvirtúan las ya existentes y que al parecer acreditan un presunto detrimento patrimonial con ocasión de la ejecución del contrato No. 131-2015 celebrado entre el municipio de la Virginia y la Corporación para el Desarrollo Comunitario (Codescom).	Declarar competente a la Contraloría General del Risaralda para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad No. PRF 700-2017, relativo al contrato 131-2015 celebrado por el municipio de La Virginia con la Corporación para el Desarrollo Comunitario Codescom.	Germán Alberto Bula Escobar
2.	201800021	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República y la Contraloría de Bogotá D. C., con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal relacionado con el hallazgo radicado con el No. 170100-0198/15, originado en posibles irregularidades en el pago de la pensión de jubilación y la pensión de vejez al señor Luis Alfredo Barón Barón, reconocidas por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y Colpensiones, respectivamente.	Declarar competente a la Contraloría Distrital de Bogotá D. C. para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal N° 170100-0198/15, relacionado con el pago de la pensión de jubilación reconocida por la Universidad Francisco José de Caldas al señor Luis Alfredo Barón Barón.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
3.	201800100	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Magdalena y la Contraloría General del Departamento del Magdalena, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal N° 688 de 2016, originado en presuntas irregularidades cometidas en la celebración y ejecución del convenio de cooperación y cofinanciación N° 009 de 2013, suscrito entre el alcalde del municipio de Ciénaga (Magdalena) y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar (Asoalimentarse), y cuya fuente de financiación la constituyen recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) - Fondo de Compensación Regional y Sistema General de Regalías.	Declarar competente a la Contraloría General del Magdalena para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal N° 688 de 2016, relativo al convenio de cooperación y cofinanciación N° 009 de 23 de abril de 2013, suscrito entre la Alcaldía municipal de Ciénaga (Magdalena) y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar (Asoalimentarse).	Álvaro Namén Vargas
4.	201800136	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de la Auditoría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal RFV-212-020-2017 que se adelanta contra varios servidores de la Contraloría municipal de Itagüí (Departamento de Antioquia) y una compañía aseguradora por presunto incumplimiento de un contrato celebrado por la mencionada contraloría municipal.	Declararse inhibida para resolver de fondo el conflicto negativo de competencias administrativas propuesto por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva frente a la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, por tratarse de dependencias de la misma Auditoría General de la República.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5.	201800138	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, ambas dependencias de la Auditoría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe continuar con el trámite administrativo dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. RF-212-259-2015.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Auditoría Delegada para la Vigilancia de Gestión Fiscal y la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ambas dependencias de la Auditoría General de la República.	Édgar González López
6.	201800170	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República (CGR) y la Contraloría General de Santander, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente a la cual le corresponde adelantar, tramitar y llevar hasta su culminación el proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-093, iniciado como consecuencia de los hallazgos que fueron advertidos por la Contraloría General de Santander, el cual involucra recursos del Sistema General de Participaciones.	Declarar que la Contralo- ría General de Santander es la autoridad compe- tente para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal No. 2016-093 iniciado por ella misma, para investigar presuntas irregularidades en la celebración y ejecu- ción del contrato No. 2003 de 2011, suscrito por el Departamento de San- tander con el Consorcio Vasca.	Óscar Darío Amaya Navas
7.	201800190	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca y la Contraloría Departamental del Cauca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal N° PRF-PV-06-16, originado por presuntas irregularidades relacionadas con rendimientos financieros dejados de percibir por el municipio de Cajibío.	Declarar competente a la Contraloría General del Cauca para conti- nuar con el proceso de responsabilidad fiscal N° PRF-PV-06-16, según lo expuesto anteriormente.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
8.	201800214	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca y la Contraloría Departamental del Cauca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal N° 09-17, originado en presuntas irregularidades cometidas en la ejecución del "Convenio de asociación" No. 095-2015, suscrito entre el Instituto Departamental de Deportes del Cauca (Indeportes Cauca), el Club Deportivo de Triatlón del Cauca y la Liga Caucana de Patinaje, y cuya fuente de financiación fueron principalmente recursos del Sistema General de Regalías.	Declarar competente a la Contraloría General del Cauca para continuar el proceso de responsabilidad fiscal Nº 09-17, relativo a la ejecución del "Convenio de asociación" Nº 095 del 30 de octubre de 2015, suscrito entre el Instituto Departamental de Deportes del Cauca, Indeportes-Cauca, el Club Deportivo de Triatlón del Cauca y la Liga Caucana de Patinaje.	Álvaro Namén Vargas
9.	201800215	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca y la Contraloría Departamental del Cauca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal N° 51-17, originado en presuntas irregularidades cometidas en la ejecución del "convenio asociativo" No. 182-2013, suscrito entre el alcalde del municipio de Miranda, Cauca, el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena y una pluralidad de personas beneficiarias de subsidios de vivienda otorgados por ese municipio, y cuya fuente de financiación fueron los recursos del Sistema General de Regalías.	Declarar competente a la Contraloría General del Cauca para continuar el proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17, relativo al "convenio asociativo" No. 182 del 30 de abril de 2013, suscrito entre el municipio de Miranda (Cauca), una pluralidad de personas naturales beneficiarias de subsidios de vivienda y el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
10.	201800216	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca y la Contraloría Departamental del Cauca, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal N° PRF-41-17, originado por presuntas irregularidades cometidas en la ejecución del convenio de asociación N° 086 de 2015, suscrito entre Indeportes Cauca y la Fundación Redes, cuya fuente de financiación la constituyen recursos girados por Coldeportes a Indeportes Cauca, como consecuencia de la suscripción del convenio interadministrativo No. 279 de 2015 para la ejecución de programas deportivos.	Declarar competente a la Contraloría General del Cauca para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal N° PRF-41-17, relativo al convenio de asociación N°086 de 2015, suscrito entre Indeportes Cauca y la Fundación Redes, según lo expuesto anteriormente.	Édgar González López

## 7.5. Conflictos en otras materias

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
1.	201700127	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio del Interior y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para responder la solicitud de concepto presentada por la señora Laura Zuleta González, dirigida a establecer el procedimiento de disolución y liquidación de las entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro que establezcan sus negocios permanentes en Colombia.	Declarar competente al Presidente de la República para resolver de fondo la petición de consulta rea- lizada por la señora Laura Zuleta González.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
2.	201700129	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejercer la vigilancia sobre sociedades comerciales con objeto social múltiple o diverso en proceso de reorganización empresarial, y realizar el cobro de la contribución respectiva.	PRIMERO: Declarar competente a la Superintendencia de Sociedades para adelantar la vigilancia subjetiva sobre la sociedad Unión Eléctrica S.A.  SEGUNDO: Declarar competente a la Superintendencia de Sociedades para realizar el cobro de la contribución por vigilancia a la sociedad Unión Eléctrica S.A.	Germán Alberto Bula Escobar
3.	201700140	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Inspección 18A Distrital de Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe y la Estación 18 de Policía de la Localidad Rafael Uribe Uribe, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la querella No. 10584 de 2016.	Declarar competente al Comandante de la Décima Octava Estación de Poli- cía Localidad Rafael Uribe Uribe.	Óscar Darío Amaya Navas
4.	201700171	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el municipio de Gachancipá (Cundinamarca), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud del señor Hernán de Jesús Lee Campos, referente al levantamiento de la afectación impuesta por el DNP al predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-21018 y del cual solo le fue comprado una parte del mismo para la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) de Gachancipá.	Declarar competente a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamar- ca para que resuelva de fondo la solicitud del se- ñor Hernán de Jesús Lee Campos.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
5.	201800010	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Sincelejo (Sucre) y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la petición de vigilancia administrativa presentada por el apoderado de la señora Marirraquel Rodelo Navarro, para examinar la conducta de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Sincelejo (Sucre) y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre.	Álvaro Namén Vargas
6.	201800011	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la recusación que ha planteado la empresa Anglogold Ashanti Colombia S. A. en contra del Director General de la Corporación Autónoma Regional de Tolima y el jefe de la oficina jurídica, dentro de un proceso sancionatorio ambiental.	Declarar competente al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima para conocer y resolver la recusación presentada por la empresa Anglogold Ashanti Colombia S. A. en contra del Director General de la entidad dentro del proceso sancionatorio ambiental No. 8399 T-29.	Óscar Darío Amaya Navas
7.	201800015	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y el Tribunal Superior de Medellín, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el empleado judicial, señor Jaime Hernán Bravo Vélez, contra la decisión de calificación de servicios y declaratoria de insubsistencia tomada por la titular del despacho en el que el recurrente presta servicios.	Declarar competente al Tribunal Superior de Medellín para resolver el recurso de apelación presentado por el señor Jaime Hernán Bravo Vélez contra la Resolución 015 de 2017, mediante la cual la señora Juez Civil del Circuito del municipio de Caldas (Antioquia) declaró insubsistente el nombramiento con calificación anticipada e insatisfactoria de servicios.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
8.	201800016	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para distribuir la cuota global de pesca para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el año 2018.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial Autoridad Nacio- nal de Acuicultura y Pesca (AUNAP) para distribuir las cuotas globales de pesca para el Departamento Ar- chipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Cata- lina del año 2018.	Édgar González López
9.	201800017	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para realizar el pago de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 1º de agosto de 2016, la cual, en virtud del ejercicio del medio de control de reparación directa, condenó a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), al pago de los perjuicios a los demandantes por el daño moral causado.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Policía Nacional y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por las razones explicadas en la decisión.	Álvaro Namén Vargas
10.	201800028	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Distrito Capital de Bogotá - Alcaldía Mayor de Bogotá, y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para disponer los recursos necesarios para sufragar la consulta popular de corridas de toros en Bogotá, D.C.	Declararse inhibida para decidir de fondo el conflicto negativo de competencias administrativas propuesto por el Distrito Capital de Bogotá – Alcaldía Mayor - Dirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico – Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, frente a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de las competencias para apropiar recursos destinados a la consulta popular convocada por el Alcalde Mayor en materia de corridas de toros y novilladas.	Germán Alberto Bula Escobar

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
11.	201800049	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de cobro coactivo No. 12417-99 (iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes), que se tramita contra el señor William Pérez Suárez y, para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del proceso de cobro coactivo No. 12417-99 que se tramita contra el señor William Pérez Suárez y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Álvaro Namén Vargas
12.	201800054	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de declaratoria de la prescripción y el consecuente levantamiento del embargo, presentada por el señor José Wilson Ocampo dentro de proceso de cobro coactivo No. 18497-00 (iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes).	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del proceso de cobro coactivo No. 18487-00 que se tramita contra el señor José Wilson Ocampo Giraldo y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Álvaro Namén Vargas
13.	201800066	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Estación de Policía de Santa Fe y la Inspección Tercera B Distrital de Policía, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejecutar la medida correctiva de suspensión definitiva de la actividad de los establecimientos "El Sótano" y "El Madrugón".	Declarar competente a la Inspección Tercera de B Distrital de Policía y al Comandante de la Estación de Policía de Santa Fe para materializar (ejecutar) la orden de suspensión definitiva de actividad impuesta por la Inspección Tercera B de Policía, por las razones expuestas en la parte considerativa.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
14.	201800067	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer, del interrogante No. 4º de la consulta formulada en ejercicio del derecho de petición con radicado E-2017-833752, del 9 de junio de 2017, allegado por el Subdirector Técnico de la Subdirección de Gestión Legal del Proceso de Reintegración, al Asesor del Grupo SIRI, de la Procuraduría General de la Nación.	Declarar competente a la Procuraduría General de la Nación para conocer del numeral 4º de la consulta formulada en ejercicio del derecho de petición con radicado E-2017-833752, formulada por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización.	Álvaro Namén Vargas
15.	201800068	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Superior de la Judicatura - Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Fiscalía General de la Nación - Oficina de Control Disciplinario, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de la señora Ana Marina Torres de Guevara, para que se realice una vigilancia judicial administrativa sobre el proceso penal No. 20171600004915 que adelanta la Fiscalía General de la Nación - Fiscalía Delegada ante los Jueces Promiscuos de Choachí y Fómeque, por los presuntos delitos de "fraude a resolución judicial, daño en bien ajeno y perturbación a la propiedad privada".	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Ana Marina Torres de Guevara, respecto de la vigilancia judicial administrativa del proceso penal No. 251816000407201680090, que cursa en la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Promiscuos de Choachí y Fómeque, por los presuntos delitos de "fraude a resolución judicial, daño en bien ajeno y perturbación a la propiedad privada".	Álvaro Namén Vargas
16.	201800069	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Electrificadora del Tolima S. A. ESP (en liquidación), el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Trabajo y la Asociación de trabajadores y empleados sindicalizados despedidos de Departamentos, Distritos y Municipios de Colombia, (ASEPUPD), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver un derecho de petición presentado por el señor Roberto Ballesteros Briñez.	Declarar competente al Ministerio de Minas y Energía para que tramite el derecho de petición interpuesto por el señor Roberto Ballesteros Briñez, vocero de los ex trabajadores de la Electrificadora del Tolima S. A. ESP (en liquidación).	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
17.	201800078	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Superintendencia de Economía Solidaria, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para responder la solicitud de intervención a la Cooperativa de Transporte Tax la Feria y a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Tax la Feria, realizada por el ciudadano José Édisson. Carmona Arias.	Declarar competente a la Superintendencia de Eco- nomía Solidaria para dar respuesta a la solicitud realizada por el ciudada- no José Édisson. Carmona Arias, en lo que respecta a la Cooperativa Especia- lizada de Ahorro y Crédito Tax la Feria.	Óscar Darío Amaya Navas
18.	201800079	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía municipal de Medellín – Dirección Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado, la Superintendencia de Notariado y Registro y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar las solicitudes de inscripción de medidas de protección patrimonial sobre predios urbanos como consecuencia del desplazamiento forzado a causa de la violencia.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Des- pojadas (UAEGRTD) para tramitar las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección a predios urbanos y en consecuencia estudiar y resolver el derecho de pe- tición del señor Juvenal Alzate Agudelo.	Édgar González López
19.	201800096	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Agencia Nacional de Tierras (ANT) y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte relacionada con el levantamiento de las anotaciones No. 1, 2, 5 y 6 del folio de matrícula No. 200-129356, las cuales fueron registradas por el Incora dando cumplimiento a los artículos 20 y 25 de la Ley 160 de 1994.	Declarar competente a la Agencia Nacional de Tierras para evaluar la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte referente a la cancelación de los asientos registrales No. 001,002,005 y 006 del folio de matrícula inmobiliaria No. 200-129356.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
20.	201800098	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Sociedades, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejercer la función de inspección, control y vigilancia sobre la empresa Multipropósito de Calarcá S. A. S. ESP respecto del derecho de inspección que tienen los socios sobre los libros y papeles de una sociedad simplificada por acciones.	Declarar competente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para resolver de fondo la queja interpuesta por la sociedad Injomar S. A. por la presunta violación del derecho de inspección como socio de la empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S. ESP.	Óscar Darío Amaya Navas
21.	201800099	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Nación - Presidencia de la República, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), la Territorial Boyacá, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y el municipio de Tunja - Concejo municipal de Tunja, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver la solicitud de aplazamiento de la aplicación de la Resolución 1500000812017 del 20 de diciembre de 2017, mediante la cual se clausuró la actualización catastral urbana y rural de los predios en Tunja y se determinó la vigencia fiscal de sus avalúos.	Declarar competente al Gobierno nacional, en este caso, al Presidente de la República y al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para resolver la solicitud de aplazamiento de la Resolución 15-000-0081-2017 del 20 de diciembre de 2017, mediante la cual el IGAC clausuró la actualización catastral urbana y rural del municipio de Tunja y determinó la vigencia fiscal de sus avalúos, por las razones expuestas en la parte considerativa.	Édgar González López
22.	201800107	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe ejercer la función administrativa de cobro coactivo de la multa impuesta al señor Félix Cantillo Burgos por infringir la Ley 30 de 1986.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
23.	201800108	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del expediente de cobro coactivo No. 43574-07 (iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes), que se tramita en contra del señor Germán Otaya Tusarma, y en consecuencia, para recibir, tramitar y adelantar las actuaciones que en derecho correspondan dentro del proceso, incluyendo la posible declaratoria de prescripción.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del expediente de cobro coactivo No. 43574-07 que se tramita en contra del señor Germán Otaya Tusarma y, en consecuencia, para recibir, tramitar y adelantar las actuaciones que en derecho correspondan dentro del proceso.	Óscar Darío Amaya Navas
24.	201800109	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer del proceso de cobro coactivo No. 47496-08 (iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes), que se tramita contra el señor Isidro Patalagua Torres y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del proceso de cobro coactivo No. 47496-08 que se tramita contra el señor Isidro Patalagua Torres y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Álvaro Namén Vargas
25.	201800114	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (Caldas) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de liquidación y pago de las cesantías del señor César Augusto Cardona Calderón, causadas durante los periodos en que laboró para la Rama Judicial, como citador y escribiente, entre el 1º de septiembre de 1977 y el 31 de agosto de 1983.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Manizales (Caldas) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantías presentada por el señor César Augusto Cardona Calderón.	Álvaro Namén Vargas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
26.	201800119	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el municipio de Córdoba (Quindío), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para sufragar los gastos para llevar a cabo una consulta popular en el citado municipio.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamien- to de fondo en este asun- to, por las consideraciones expuestas en la parte mo- tiva del presente auto.	Álvaro Namén Vargas
27.	201800121	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la Superintendencia de Notariado y Registro y la Notaría Única del Circulo de Matanza (Santander), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe expedir los formatos de certificación de información laboral y de salarios al señor Giraldo Mendoza Toloza, durante el tiempo en el que laboró como notario único del círculo de Matanza, Santander (1976 a 1980).	Declarar competente a la Notaría Única del Círculo de Matanza (Santander) para entregar al señor Giraldo Mendoza Toloza la información requerida en los formatos de certificación de información laboral y de salarios, de acuerdo con la información que reposa en sus archivos y con la que le remita la Superintendencia de Notariado y Registro y la UGPP, durante el periodo comprendido entre el 22 de febrero de 1976 y el 4 de diciembre de 1980, cuando laboró como notario en dicho municipio.	Óscar Darío Amaya Navas
28.	201800133	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Empresa Industrial y Comercial Convida EPS, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia de Notariado y Registro –Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para efectuar la cancelación definitiva de la anotación de la medida de prevención contenida en el folio de matrícula inmobiliaria del bien de propiedad del señor Ernesto Villamizar Pinillos, asignado en dación en pago dentro del proceso liquidatorio del régimen contributivo de Convida EPS.	Declarar competente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá para resolver la solicitud del señor Ernesto Villamizar Pinillos, relacionada con la cancelación definitiva de la anotación de la medida de prevención No. 008, contenida en el folio de matrícula inmobiliaria No. 17624370 del bien inmueble de propiedad del señor Ernesto Villamizar Pinillos, asignado en dación en pago dentro del proceso de liquidación administrativa del régimen contributivo de Convida EPS.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
29.	201800134	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud de declaratoria de prescripción y el consecuente levantamiento del embargo, presentada por el señor Libio Narciso Bastidas Díaz dentro de proceso de cobro coactivo No. 33952-05 (iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes).	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del proceso de cobro coactivo No. No. 33952-05 que se tramita contra el señor Libio Narciso Bastidas Díaz y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.	Álvaro Namén Vargas
30.	201800135	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el municipio de Cogua (Cundinamarca), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para sufragar los gastos para llevar a cabo una consulta popular en el municipio de Cogua (Cundinamarca).	Declararse inhibida para emitir un pronunciamien- to de fondo en este asun- to, por las consideraciones expuestas en la parte mo- tiva del presente auto.	Germán Alberto Bula Escobar
31.	201800142	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Notaría Trece del Circuito de Bogotá y el Juzgado Tercero de Familia de Medellín, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer y resolver de fondo la solicitud de la señora Mireya Álvarez de Guizado, sobre la inclusión del nombre de su hijo fallecido en el registro civil de defunción ubicado en el Tomo 57 Folio 592B de la Notaría Trece de Bogotá, el cual corresponde a un N.N. hombre, es decir, de una persona sin nombre ni identificación.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias suscitado entre el Notario Trece de Bogotá y el Juzgado Tercero de Familia de Medellín, en relación con la solicitud de la señora Mireya Álvarez de Guizado.	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
32.	201800144	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Cobro coactivo, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud del señor Ángel Toledo Saganome para eliminar la reseña de embargo que aparece en el folio de matrícula inmobiliaria del bien de su propiedad, relacionada con el proceso de cobro coactivo No. 41268-08, iniciado por la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes para el cobro de la multa impuesta en la Sentencia proferida el 8 de mayo de 2007 por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del cobro coactivo No. 41268-08 que se tramita contra el señor Ángel María Toledo Saganome y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se levante el embargo decretado sobre el bien inmueble de su propiedad.	Édgar González López
33.	201800145	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Cobro coactivo, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la solicitud presentada por la personera municipal de Paujil en favor de la señora Rosalba Giraldo de Giraldo, relacionada con el proceso de cobro coactivo No. 31788-04, iniciado por la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes para el cobro de la multa impuesta en la Sentencia proferida el 21 de mayo de 2004 por parte del Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- para conocer del cobro coactivo No. 31788-05 que se tramita contra de la señora Rosalba Giraldo de Giraldo y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por la personera municipal de Paujil (Caquetá) para que se levante el embargo decretado sobre el bien inmueble de su propiedad.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
34.	201800146	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición del señor Ramiro Murcia Morales, referente a la prescripción del cobro coactivo No. 6014-97 que fue iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes como consecuencia del no pago de una multa por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes.	Declarar competente al Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para conocer del proceso de cobro coactivo No. 6014-97 que se tramita contra el señor Ramiro Murcia Morales, y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción del citado proceso.	Óscar Darío Amaya Navas
35.	201800150	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar la actuación administrativa tendiente a establecer la presunta inhabilidad en la que, de manera sobreviniente, puede estar involucrada la conducta de la funcionaria de carrera, María Eugenia Sánchez Ruiz, titular del Juzgado Décimo Administrativo de Bogotá.	Declarar competente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para adelantar la actuación administrativa tendiente a establecer la posible inhabilidad en la que, de manera sobreviniente, puede estar involucrada la funcionaria de carrera, doctora María Eugenia Sánchez Ruiz, Juez Décima Administrativa de Bogotá.	Álvaro Namén Vargas
36.	201800151	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Transporte y la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional (Ditra), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente que debe dar trámite a la solicitud realizada por el apoderado de la sociedad Impocoma S.A. en relación con la despostulación o la modificación de la postulación realizada en el sistema RUNT para la desintegración total y posterior cancelación de la matrícula del vehículo de placas SYT998, para que figure la causal de destrucción total por accidente de tránsito y no la de fuerza mayor inicialmente registrada por la sociedad.	Declarar competente al Ministerio de Transporte para dar respuesta de fondo a la solicitud presentada por la sociedad Impocoma S. A., relativa a la modificación de la postulación o la eventual despostulación del vehículo de placas SYT998, realizada por la Sociedad en el RUNT, bajo la causal de reposición por destrucción total. En forma específica para determinar la viabilidad y en caso afirmativo, el procedimiento a seguir para modificar y obtener la postulación del vehículo de placas SYT998 con fines de chatarrrización y cancelación de matrícula.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
37.	201800152	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y municipio de Gachantivá (Boyacá), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para sufragar los gastos para llevar a cabo una consulta popular en el citado municipio.	Declararse inhibida para emitir un pronunciamien- to de fondo en este asun- to, por las consideraciones expuestas en la parte mo- tiva del presente auto.	Álvaro Namén Vargas
38.	201800165	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para tramitar las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección patrimonial sobre predios urbanos como consecuencia del desplazamiento forzado a causa de la violencia.	Declarar competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD) para tramitar las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección a predios urbanos y en consecuencia estudiar y resolver los derechos de petición de los señores Guillermo Franco Restrepo y Álvaro Díaz Landínez.	Édgar González López
39.	201800166	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Contraloría General de Santiago de Cali y Contraloría General de la República, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para auditar el manejo de los recursos del sistema general de participaciones al municipio de Santiago de Cali – vigencia 2017.	Declarar competente a la Contraloría General de la República para adelantar la auditoria de los recur- sos del sistema general de participaciones del muni- cipio de Santiago de Cali por la vigencia 2017.	Álvaro Namén Vargas
40.	201800172	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para conocer de la solicitud de cancelación del registro civil de nacimiento de la señora Érika Marlly Jaramillo Cano.	Declararse inhibida para conocer de la solicitud de cancelación del registro civil de nacimiento de la señora Érika Marlly Jaramillo Cano por las razones expuestas en la parte considerativa.	Édgar González López

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
41.	20180173	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda) y la Oficina de Instrumentos Públicos de San José de Cúcuta, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para responder de fondo la petición presentada por la señora Diana Carolina Bohórquez Vega del 18 de mayo de 2018 en el sentido de determinar si la muerte del señor Hernando Antonio Bohórquez Gómez, beneficiario del subsidio de vivienda de interés social, constituye una fuerza mayor que permite a la heredera del señor Bohórquez enajenar el inmueble con número de matrícula inmobiliaria No. 260-306684 ubicado en la ciudad de Cúcuta.	Declarar competente al Fondo Nacional de Vivienda, Fonvivienda, para responder de fondo la petición presentada por la señora Diana Carolina Bohórquez Vega del 18 de mayo de 2018 en el sentido de determinar si la muerte del señor Hernando Antonio Bohórquez Gómez, beneficiario del subsidio de vivienda de interés social, constituye una fuerza mayor que permite a la heredera del señor Bohórquez enajenar el inmueble con número de matrícula inmobiliaria No. 260-306684 ubicado en la ciudad de Cúcuta.	Álvaro Namén Vargas
42.	201800178	Presunto conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Oficina de Cobro por Jurisdicción Coactiva de Manizales, la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira y el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para ejercer el cobro la multa impuesta al soldado profesional del Ejército Nacional Jhon Faber Sabala, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal como coautor de homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.	Declararse inhibida para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Pereira y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales.	Álvaro Namén Vargas
43.	201800181	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Gobernación de Caldas y la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Riosucio (Caldas), con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para adelantar el proceso de vigilancia y control a la Asociación de Usuarios Campesinos de Riosucio (Caldas).	Declarar competente al Gobernador de Caldas para que adelante acti- vidades de vigilancia y control en relación con la Asociación de Usuarios Campesinos de Riosucio (Caldas).	Óscar Darío Amaya Navas

No.	RADICACIÓN	PARTES	DECISIÓN	CONSEJERO PONENTE
44.	201800187	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio del Interior, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para atender la solicitud administrativa de pago de la sentencia condenatoria del 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso radicado con el No. 5000123310002001-40135-01 (39140), en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho.	Declarar competente al Ministerio del Interior para tramitar de fondo la solicitud de pago de la condena proferida mediante Sentencia del 1 de marzo de 2018, de la Sección Tercera (Subsección A) del Consejo de Estado, a favor del señor José Vicente Rodríguez Arévalo, en la parte correspondiente al "Ministerio de Justicia y del Derecho".	Óscar Darío Amaya Navas
45.	201800203	Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional - Subdirección de Operaciones; la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) - División de Gestión de Recaudo y Cobranzas - Seccional Manizales; y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de determinar la autoridad administrativa competente para la devolución de dineros adeudados a la Notaría Única de Anserma (Caldas) por concepto de Aporte Especial a la Administración de Justicia.	Declararse inhibida por sustracción de materia para hacer un pronunciamiento de fondo en el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia, suscitado entre Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional - Subdirección de Operaciones; Consejo Superior de la Judicatura; y Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) - División de Gestión de Recaudo y Cobranzas - Seccional Manizales (Caldas).	Germán Alberto Bula Escobar



# Segunda Parte

Selección de Conflictos de Competencias Administrativas 2018

## 1. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR).

Asunto: Competencia para el levantamiento de afectación a bien inmueble por utilidad pública para la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales en el municipio de Gachancipá (Cundinamarca)

#### Radicado 2017-00171

Fecha: 20/03/2018

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

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

#### I. ANTECEDENTES

- 1. El Departamento Nacional de Planeación (DNP), a través de la Resolución No. 57 de 1993, afectó el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 176-21018, con el fin de que la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, hoy Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, adquiriera el citado predio para la construcción de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos (PTAR), del municipio de Gachancipá, en el marco del programa de "Saneamiento Ambiental de la Cuenca Alta del Río Bogotá". Con base en lo anterior, la CAR adelantó inscripción de la citada afectación en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente (folios 81 a 84).
- 2. En el año 1993, por medio de la escritura pública No. 171 de la Notaria Única del círculo de Sesquilé, la CAR compró al señor Hernán de Jesús Lee Campos parte del citado predio, construyó y puso en funcionamiento la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Gachancipá. Luego mediante la Resolución No. 2266 del 21 de septiembre de 2012, la CAR transfirió el predio y la PTAR al municipio de Gachancipá, quien actualmente es el propietario del predio y responsable de la Planta (folios 104 a 108).
- 3. El 23 de noviembre de 2016, el señor Hernán de Jesús Lee Campos solicitó al Departamento Nacional de Planeación (DNP), la cancelación de:
  - "(...) la Declaratoria de necesidad de adquirir por parte de la CAR, Resolución No. 57 de 1993 emitido por el Departamento Nacional de Planeación, dado que la CAR ya adquirió la porción de terreno que necesitaban para la construcción de sus obras, y que dicha adquisición se realizó con la escritura pública No. 171 de la Notaria única de Sesquilé del 23 de julio de 1993 y se encuentra registrada en el certificado de tradición y libertad No. 176-21018".

- 4. El 2 de diciembre de 2016 el DNP dio respuesta a la solicitud del señor Lee Campos y le remitió la citada petición al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con el radicado No. 20166630580232 y le manifestó que el DNP ya no es competente para el levantamiento de la afectación que hizo en el año 1993, toda vez que esas funciones ambientales le fueron trasferidas al Ministerio a través del artículo 6° de la Ley 99 de 1993.
- 5. Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través del oficio No. 2016032303 del 13 de enero de 2017 informó que había dado traslado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), para que esta última entidad resolviera la petición del señor Lee Campos, en razón a que para el Ministerio las competencias relacionadas con la afectación de inmuebles para la construcción y operación de PTAR son de las Corporaciones Autónomas Regionales.
- 6. La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), mediante oficio No. 2017110648 del 27 de febrero de 2017, manifestó que no es la entidad competente para dar respuesta a la petición del accionante, teniendo en cuenta que el Departamento Nacional de Planeación (DNP), fue la entidad que dispuso la afectación al predio por medio de la Resolución 57 de 1993, por lo tanto corresponde al DNP solicitar el levantamiento de la anotación ante la Oficina de Instrumentos Públicos.
- 7. Posteriormente, a través de oficio No. 20171115309 del 24 de abril de 2017 la CAR señaló que el predio no está protegido como zona de reserva ambiental u otra categoría de área protegida definida en la ley. Por lo tanto, la necesidad de adquirir el predio surge del municipio de Gachancipá pero no como una afectación ambiental, sino como una obra pública de saneamiento básico. (Folio 19).
- 8. En el año 2016 el señor Hernán de Jesús Lee Campos radicó escrito ante la Alcaldía de Gachancipá comentando los antecedentes del caso y solicitó el levantamiento del gravamen, ante el cual la Alcaldía señaló al actor que el competente para resolver la solicitud era el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- 9. Finalmente, la CAR a través de oficio del 12 de septiembre de 2017, solicitó a la Sala dirimir el presunto conflicto negativo de competencias suscitado con el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el municipio de Gachancipá.

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (Folio 32).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), al Departamento Nacional de Planeación (DNP), al Mu-

nicipio de Gachancipá, a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), al señor Hernán de Jesús Lee Campos y al doctor Remberto Quant González, apoderado de la Corporación Autónoma Regional (CAR), con el fin de que pudieran presentar sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente (Folios 33 y 34).

En el expediente obran constancias secretariales de que el doctor Marcel Tangarife Torres, en su calidad de apoderado del señor Hernán de Jesús Lee Campos, en veintiséis (26) folios, la doctora Luz Yolanda Morales Peña, en su condición de apoderada del Departamento Nacional de Planeación (DNP), en cuarenta (40) folios y finalmente, el doctor Remberto Quant González, en su condición de apoderado de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), en siete (7) folios, presentaron sus alegatos durante la fijación del edicto ordenado por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Teniendo en cuenta que dentro del expediente no se contaba con la suficiente información para dirimir el presunto conflicto, se profirió Auto del 1° de noviembre de 2017, con el fin de solicitar información adicional (Folios 110 a 112).

Obra constancia secretarial que dentro del término dado por el Auto se recibió la información solicitada, por parte de la CAR y el señor Hernán de Jesús Lee Campos (Folios 123-139).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

## 1. Departamento Nacional de Planeación (DNP)

El Departamento Nacional de Planeación (DNP), en sus consideraciones aduce que mediante la Resolución ejecutiva No. 57 del 11 de mayo de 1993, se impuso un gravamen de carácter ambiental, por lo tanto según lo estipulado en el parágrafo 2 del artículo 5° y el artículo 6° de la Ley 99 de 1993, son las autoridades ambientales las que se encuentran en capacidad de resolver la petición del accionante, pues el DNP no tiene la capacidad para levantar un gravamen ambiental, ya que la resolución fue expedida por varias carteras ministeriales de forma conjunta¹, además el gravamen se impuso a varios predios aledaños al río Bogotá, con el fin de facilitar la construcción de Plantas de Tratamiento de Residuos Sólidos (PTAR).

Señalo que al señor Lee Campos se le entregaron los soportes fácticos y jurídicos que soportaban la decisión y la importancia del consentimiento y la autorización de las actuales autoridades ambientales para levantar el gravamen impuesto.

Adicionalmente, manifiesta que su función es ejecutar actos de autoridad contractual y no ambiental. Por esta razón "no están en capacidad de emitir un acto administrativo manifiestamente contrario a la Ley 99 de 1993", ya que se determinó el objeto de la expropiación, los límites y linderos del predio, momento en el cual ante la Notaría Única de Gachancipá el accionante aceptó el pago.

<sup>1</sup> Se constata que la Resolución Ejecutiva No. 57 de 1993 se encuentra firmada únicamente por el Jefe del Departamento Nacional de Planeación (folios 81 a 84).

Asimismo, advierte que únicamente fueron afectadas las seis hectáreas donde se construyó la PTAR y que la porción restante del terreno no fue afectada por dicha obra ni por la expropiación a favor de la CAR.

Finalmente, el DNP reitera su falta de competencia actual en materia ambiental, ya que, por virtud del mandato legal de la Ley 99 de 1993, las funciones ambientales que tenía pasaron a ser del Ministerio de Ambiente y de las Corporaciones Autónomas Regionales.

# 2. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)

La autoridad ambiental señaló que el levantamiento del gravamen fue impuesto por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), mediante la Resolución Ejecutiva 57 de 1993, con el fin de que la CAR adquiriera parte del inmueble para la construcción de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos (PTAR), situación que fue cumplida por la Corporación, pues adquirió 6 hectáreas 800 metros de las 30 hectáreas 8,018 metros que fueron afectadas.

Por lo tanto, quien debe levantar el gravamen impuesto sobre parte del inmueble con matrícula inmobiliaria 176-21018, debe ser el DNP, por haber proferido la Resolución Ejecutiva 057 de 1993.

# 3. Doctor Marcel Tangarife Torres, apoderado del señor Hernán de Jesús Lee Campos

Solicita que la Sala dirima el conflicto negativo de competencias administrativas existente, con el fin de que cesen los perjuicios que se le están produciendo al señor Hernán de Jesús Lee Campos.

#### IV. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia de la Sala

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

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

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

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

De acuerdo con estas disposiciones, esta Sala es competente para resolver los conflictos de competencias (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa, y que (iii) versen sobre un asunto particular y concreto<sup>2</sup>.

Según los antecedentes del presente asunto, se trata de un conflicto de competencias entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Departamento Nacional de Planeación, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, entidades del nivel central, y el municipio de Gachancipá (Cundinamarca).

Igualmente el conflicto versa sobre un asunto administrativo, pues se pretende determinar la autoridad competente para resolver la solicitud del señor Hernán de Jesús Lee Campos.

# b. Términos legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflictos negativos de competencias, radicación 1100103060002016000400, 11001030600020160000400 y 11001-03-06-000-2016-00149-00, entre otros.

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

# 2. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

# 3. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes, corresponde determinar cuál es la autoridad competente para resolver la solicitud del señor Hernán de Jesús Lee Campos, referente al levantamiento de la afectación impuesta por el DNP al predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 176-21018 y del cual solo le fue comprado una parte del mismo para la construcción de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos (PTAR), de Gachancipá.

Al respecto, el Departamento Nacional de Planeación (DNP), niega su competencia por considerar que dicha función la tiene el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conforme el artículo 6º de la Ley 99 de 1993.

Por su parte, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible niega su competencia y remite la solicitud a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por considerar que la citada decisión administrativa favoreció a dicha entidad.

De igual forma, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), negó su competencia argumentando que no tiene funciones de saneamiento ambiental, que el predio no tiene ninguna afectación ambiental y que el dominio o propiedad, tanto del predio como de la PTAR, fue transferida a favor del municipio de Gachancipá. Por lo que considera que la competencia es del DNP, entidad que realizó la afectación a través de la Resolución Ejecutiva No. 57 de 1993.

Por último, la Alcaldía Municipal de Gachancipá niega su competencia argumentando que no tiene ninguna relación jurídica con el predio del señor Hernán de Jesús Lee Campos, sino con el predio donde se encuentra la PTAR, el cual le fue transferido por la CAR; además, señala que la afectación fue realizada por el DNP, entidad que por lo tanto debe realizar el levantamiento solicitado por el señor Lee Campos.

Para lo anterior, la Sala estudiará, (i) proceso de expropiación en Colombia; (ii) competencia de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para adelantar procesos de expropiación y (iii) el caso concreto.

# 4. Análisis del conflicto planteado

## a. Proceso de expropiación en Colombia

El derecho a la propiedad privada se encuentra garantizado constitucional y legalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, este derecho tiene ciertos límites, entre los cuales se encuentra la necesidad de ceder ante el interés público en ciertos casos establecidos previamente por el legislador y con el pago de una indemnización previa y justa.

En efecto, a nivel internacional el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dispone:

"Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa"

Posteriormente, el artículo 21-1 de la Convención interamericana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 consagra:

- 1. "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"<sup>[26]</sup>.
- 2. "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".

Por su parte, en Colombia, la Constitución Política de 1886 en sus artículos 31 y 32<sup>3</sup> estableció que

"Artículo 31. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. (...)

Artículo 32. En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación".

Configurando así la institución jurídica de la expropiación la cual fue reglamentada por la Ley 9ª de 1989, vigente a la fecha.

Actualmente, la expropiación está reconocida en el artículo 58 de la Constitución Política de 1991:

"Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Subrayado por la Sala)".

Es así que el citado artículo constitucional determina que la expropiación solamente es viable cuando por motivos de utilidad pública o interés social, previamente definidos por la ley, se requiera.

<sup>3 &</sup>quot;Artículo 31. Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente".

La Corte Constitucional ha expresado que "(...) en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado"<sup>4</sup>.

La Ley 9 de 1989 reglamenta la expropiación urbana y las etapas que se deben surtir para la garantía de los derechos involucrados en el proceso. En el artículo 10º de la citada norma, se establecen los motivos por los cuales se puede declarar de utilidad pública o interés social un bien inmueble urbano o suburbano:

"Artículo 10°.- Motivos de utilidad pública. El artículo 10 de la Ley 9 de 1989, quedará así: Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:

*(…)* 

d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios;

 $(\ldots)$ 

h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico.

i) Constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades;

j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos;

(...) ".5 (Subrayado por la Sala).

En el presente caso la Sala evidencia que la adquisición del predio para construcción de la Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos (PTAR) del municipio de Gachancipá, se adelantó en el marco de los literales d), h), j) de la citada norma.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 2009.

Antes de la modificación de la Ley 388 de 1997 la norma decía así: "Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los siguientes fines: a) Ejecución de planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificado; b) Ejecución de planes de vivienda de interés social; c) Preservación del patrimonio cultural, incluidos el histórico y el arquitectónico en zonas urbanas y rurales; d) Constitución de zonas de reserva para el desarrollo y crecimiento futuro de las ciudades; e) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y de los recursos hídricos; f) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los campos de la salud, educación, turismo, recreación, deporte, ornato y seguridad; g) Ejecución de proyectos de amplicación, abastecimiento, distribución, almacenamiento y regulación de servicios públicos; h) Sistemas de transporte masivo de pasajeros, incluidas las estaciones terminales e intermedias del sistema; i) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades a las cuales se refiere el artículo 11 de la presente ley, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y las de las sociedades de economía mixta; j) Ejecución de obras públicas; k) Provisión de espacios públicos urbanos; l) Programas de almacenamiento, procesamiento y distribución de bienes de consumo básico; ll) Legalización de títulos en urbanizaciónes de hecho o ilegales; m) Reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo y rehabilitación de inquilinatos; n) Ejecución de proyectos de urbanización o de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de desarrollo y planes de desarrollo simplificados, y o) Ejecución de proyectos de interarción o readantación de tierras".

De igual forma, el artículo 11, modificado por el artículo 59 de la Ley 388 de 1997, establece las entidades competentes para adelantar procesos de expropiación, dentro de las cuales están:

"Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha Ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades". (Subrayado por la Sala)<sup>6</sup>

La citada norma habilitó en su momento al Departamento Nacional de Planeación, para afectar por utilidad pública e interés social el predio del señor Hernán de Jesús Lee Campos identificado con la matrícula inmobiliaria No. 176-21018.

En la Ley 9 de 1989, norma vigente para la época de los hechos, se encuentra reglamentada la expropiación por vía judicial, pues solo a partir de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se permite la expropiación administrativa reglamentada por la Ley 388 de 1997, la cual solo es procedente de forma excepcional para casos que determine la norma.

Es menester precisar que tanto en el proceso de expropiación judicial así como en el de expropiación administrativa existe una etapa previa denominada negociación, debido a que en ella la entidad intenta adquirir el bien de forma directa con el propietario y así evitar la iniciación del proceso expropiatorio propiamente dicho. Es así que las etapas del proceso de expropiación se encuentran contenidas en la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997:

i) Primera etapa: oferta de compra, esta es la fase previa de negociación dentro del proceso expropiatorio, que se presenta tanto en el proceso por vía judicial como en el proceso por vía administrativa. En esta etapa se expide un acto administrativo que contiene la oferta de compra que se hace al propietario del bien cuya expropiación se requiere. El oficio contendrá la oferta de compra, la transcripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble y el precio base de la negociación.<sup>7</sup> El citado oficio será notificado al propietario del bien inmueble y será inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble<sup>8</sup>, la norma señala:

<sup>6</sup> Antes de la modificación de la Ley 388 de 1997 la norma decía así: "La Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de immuebles urbanos o suburbanos para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la presente ley. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de la presente ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles urbanos o suburbanos, para el cumplimiento de dichas actividades. Para los efectos de la presente ley, son entidades públicas las enumeradas en el inciso anterior."

<sup>7</sup> Artículo 13 de la Ley 9º de 1989.

<sup>8</sup> Artículo 13 de la Ley 9º de 1989 °(...) Los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de la inscripción, y mientras subsista, ninguna autoridad podrá conceder licencia de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier

Artículo 13.- Corresponderá al representante legal de la entidad adquirente, previas las autorizaciones estatutarias o legales respectivas expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa. El oficio contendrá la oferta de compra, la trascripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble, y el precio base de la negociación. Al oficio se anexará la certificación de que trata el artículo anterior. Este oficio no será susceptible de recurso o acción contenciosa administrativa.

El precio base de la negociación se fundamentará en el avalúo efectuado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" o la entidad que cumpla sus funciones, el cual se anexará a la oferta de compra. El término para formular observaciones, al mismo, empezará a correr a partir de la notificación de oferta de compra. El avalúo tendrá una antelación máxima de seis (6) meses respecto a la fecha de la notificación de la oferta de compra. Inciso 2 derogado artículo 138 Ley 388 de 1997

 $(\ldots)$ 

El oficio que disponga una adquisición será inscrito por la entidad adquirente en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

Los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de la inscripción, y mientras subsista, ninguna autoridad podrá conceder licencia de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra. Los que se expidan no obstante esta prohibición serán nulos de pleno derecho". (Subraya la Sala).

## Sobre esta etapa la Corte Constitucional ha señalado que:

"La inscripción del oficio que contiene la oferta de compra en el folio de matrícula del inmueble, tiene, entre otros, los siguientes efectos: (i) saca el bien del comercio; y (ii) impide "el otorgamiento de licencias de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra". Con el fin de evitar que se pueda limitar de manera indefinida la posibilidad de enajenación de un bien afectado por este registro, la Ley 9 de 1989 establece unos plazos definitivos para su vigencia. En efecto, el artículo 37 de la Ley 9ª de 1989 establece que con posterioridad a la afectación de un inmueble que se declara como de utilidad pública o de interés social, debe iniciarse el proceso de negociación dentro de un plazo prudencial, vencido el cual se entiende que el bien se encuentra desafectado"<sup>2</sup>.

establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra. Los que se expidan no obstante esta prohibición serán nulos de pleno derecho".

Corte Constitucional. Sentencia C- 1074 de 2002.

<u>ii)</u> Segunda etapa: esta fase se denomina "enajenación voluntaria", en el proceso de expropiación judicial, y "negociación directa" en la expropiación por vía administrativa. Esta etapa tiene una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir de la notificación de la oferta de compra en el caso de expropiación judicial, y, a partir de la ejecutoria del acto que determina que la expropiación se hará por vía administrativa en dicho evento. Si se llega a un acuerdo respecto al precio y las demás condiciones de la oferta con el propietario del predio, se celebrará un contrato de promesa de compraventa o de compraventa. Específicamente el artículo 14 de la Ley 9ª de 1989 establece:

"Artículo 14. Si hubiere acuerdo respecto del precio y de las demás condiciones de la oferta con el propietario, se celebrará un contrato de promesa de compraventa, o de compraventa, según el caso. A la promesa de compraventa y a la escritura de compraventa se acompañarán un folio de matrícula inmobiliaria actualizado.

Inciso 2° modificado por el art. 34, Ley 3ª de 1991. <u>Otorgada la escritura pública de compraventa</u>, ésta se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, previa cancelación de la inscripción a la cual se refiere el artículo 13, de la presente ley.

Inciso 3° modificado por el art. 34, Ley 3ª de 1991. Realizada la entrega real y material del inmueble a la entidad adquirente, el pago del precio se efectuará en los términos previstos en el contrato". (Resalta la Sala)

De la lectura de la citada norma se tiene que en el presente caso la CAR debió primero levantar la afectación impuesta a través de la Resolución 057 de 1993, y ahí si proceder a radicar la escritura de compraventa en la oficina de registro de instrumentos públicos del circulo de Sesquilé, trayendo como consecuencia que, hoy día el predio que no fue adquirido se encuentre aún afectado por el citado acto administrativo.

Si no se llega a un acuerdo en esta etapa, en la expropiación judicial la entidad emite "resolución de expropiación", mediante la cual señala el inicio de la etapa expropiatoria propiamente dicha. Luego, la entidad radica ante el juez civil la demanda de expropiación, dando así inicio al proceso judicial. Mientras que en la expropiación administrativa, vencido el plazo para la negociación directa sin que se haya perfeccionado el contrato de promesa de compraventa, la autoridad competente, mediante acto administrativo motivado, decide unilateralmente la expropiación, el precio del bien y las condiciones de pago.

iii) Tercera etapa: proceso expropiatorio, El proceso de expropiación judicial de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines estatales se encuentra regulado por los artículos 9°, 13 (incisos 1° y 5°), 14, 15 (incisos 2° y 3°), 16, 17, 20, 23 a 26, 29, 30 y 32 de la Ley 9ª de 1989, los artículos 58 a 62 de la Ley 388 de 1997 y en el artículo 399 del Código General del Proceso<sup>11</sup>. La etapa de expropiación administrativa, se encuentra regulada principalmente por los artículos 63 a 72 de la Ley 388 de 1997.

<sup>10</sup> Artículo 14 de la Ley 9ª de 1989.

<sup>11</sup> Anteriormente artículos 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil.

Como quedó expuesto anteriormente y conforme a las normas reglamentarias el proceso de expropiación en Colombia puede ser judicial o administrativo, dependiendo de cada caso concreto, además de ceñirse estrictamente a los postulados constitucionales y normativos con el fin de garantizar el derecho de propiedad.

 Competencia de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, hoy Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, para adelantar procesos de expropiación en el cumplimiento de sus funciones

La Ley 3 de 1961 creó la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez como un establecimiento público descentralizado, dotado de personería jurídica y patrimonio propio. Referente a la expropiación el artículo 17 la facultaba para adelantar el proceso expropiatorio, ciñéndose a las normas reglamentarias vigentes para la época:

"Artículo 17.- Los bienes necesarios para alcanzar los fines de la Corporación son de utilidad pública y ella puede adelantar el procedimiento de expropiación ciñéndose a las normas legales. Cuando crea necesario adquirir un bien determinado, sin que se obtenga su enajenación voluntaria por parte del dueño, <u>la correspondiente declaración de necesidad se hará por el Gobierno nacional a solicitud de la Junta Directiva.</u> La demanda de expropiación será presentada directamente por el representante legal de la Corporación y se tramitará en la forma determinada por la ley".

En ese orden de ideas, la norma en cita faculta a la Corporación para adelantar procesos expropiatorios, no obstante, la declaratoria de necesidad y/o utilidad pública debía ser adelantada por el Gobierno nacional, razón por la cual, en su momento, el Departamento Nacional de Planeación (DNP), expidió la Resolución ejecutiva No. 57 de 1993.

Para la época de los hechos el Decreto 2410 de 1989<sup>12</sup> reglamentó el funcionamiento del DNP, y en su artículo 3º<sup>13</sup> determinó como una de sus funciones principales la coordinación entre los componentes del Sistema Nacional de Planificación y en el artículo 6º determinó la organización del Departamento, y como entidades adscritas se encontraba la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez,

"Artículo 6º. ORGANIZACIÓN DEL DEPARTAMENTO. La organización del Departamento Nacional de Planeación será la siquiente:

*(…)* 

<sup>12</sup> Derogado por el Decreto 1363 de 2000.

<sup>&</sup>quot;Artículo 3º: El Departamento Nacional de Planeación es el organismo principal de la administración encargado de la formulación y elaboración de los planes y programas generales de desarrollo económico y social, que deben ser presentados al Consejo Nacional de Política Económica y Social para su estudio, aprobación y posterior presentación al Congreso para su adopción; del seguimiento y evaluación de los planes y programas generales de desarrollo y la proposición de los ajustes y modificaciones que fueren necesarios; de la participación en la preparación, seguimiento, evaluación y control del Presupuesto General de la Nación, en los términos previstos por la Ley 38 de 1989, de la orientación para la asignación de recursos y la implantación de los sistemas y métodos que deben adoptar los organismos y entidades oficiales en la preparación y ejecución de los planes, programas y proyectos de desarrollo sectorial, multisectorial, territorial y urbano; de asesorar a dichos organismos y entidades en el cumplimiento de sus funciones; y de la coordinación entre los componentes del Sistema Nacional de Planificación".

- O. Entidades adscritas.
- 1. Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, Fonade.
- 2. Corporación Autónoma Regional del Cauca,
- 3. Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez,
- 4. Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental (Corponor).
- 5. Corporación Autónoma Regional del Quindío (CRQ)". (Resalta la Sala).

Con lo anterior se concluye que la Corporación hacía parte del sector planificación, situación que conllevó a que el DNP fuera la entidad del orden nacional que debía expedir la resolución de necesidad de adquisición de un predio por utilidad pública a solicitud de la Junta Directiva de la CAR, entidad que después continuó con el proceso de expropiación.

En el año 1993 el Gobierno nacional expidió la Ley 99 "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA)", en esta norma se estableció que el Ministerio de Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sería la cabeza del sector medio ambiente, por su parte en el artículo 33 se creó la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

Artículo 33. Creación y transformación de las Corporaciones Autónoma Regionales.

*(…)* 

Créanse las siguientes corporaciones autónomas regionales:

(...)

Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR: se denominará Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), y tendrá jurisdicción en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y el territorio del Departamento de Cundinamarca, con excepción de los municipios incluidos en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Guavio y los municipios del departamento de Cundinamarca que hacen parte de la jurisdicción de Corporinoquia. Su jurisdicción incluye los municipios de Chiquinquirá, Saboyá, San Miguel de Sema, Caldas, Buenavista y Ráquira en el departamento de Boyacá. Tendrá su sede principal en la ciudad de Santafé de Bogotá, y establecerá una subsede en la ciudad de Fusagasugá;"

Es así que la norma ambiental creó una nueva Corporación Autónoma Regional, que asumió aquello que venía conociendo la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez.

Por su parte, la competencia que tiene hoy día la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para adelantar procesos de expropiación se encuentra enmarcada en el numeral 27 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, donde la faculta para adquirir bienes de propiedad privada y adelantar ante el juez competente la expropiación de bienes cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones:

Artículo 31: Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

*(…)* 

27. Adquirir bienes de propiedad privada y los patrimoniales de las entidades de derecho público y adelantar ante el juez competente la expropiación de bienes, una vez surtida la etapa de negociación directa, cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones o para la ejecución de obras o proyectos requeridos para el cumplimiento de las mismas, e imponer las servidumbres a que haya lugar, conforme a la ley;

(...)"

Así las cosas, se tiene que la Corporación tiene plena competencia para afectar bienes por utilidad pública y adelantar procesos de expropiación en el marco del cumplimiento de sus funciones y con base en la norma general de competencia, es decir la Ley 99 de 1993. No obstante, como en la norma medio ambiental no se encuentra reglamentado el proceso de expropiación que debe seguir para su concreción, la Corporación debe acudir a la norma general sobre la materia que es la Ley 9ª de 1989 y la Ley 388 de 1997, como se explicó anteriormente.

#### 5. Caso concreto

El conflicto aquí planteado se presenta porque en el año 1993 el DNP expidió la Resolución Ejecutiva No. 057 con el fin de afectar por utilidad pública diferentes predios de la sabana de Bogotá, entre ellos el predio del señor Hernán de Jesús Lee Campos ubicado en el municipio de Gachancipá, con matrícula inmobiliaria No. 176-21018.

Con base en lo anterior, la CAR inició el proceso de expropiación y en la fase de enajenación voluntaria llegó a un acuerdo con el señor Hernán de Jesús Lee Campos y le compró 6 hectáreas y 8200 metros, terreno en el que construyó la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Gachancipá, con matrícula inmobiliaria No. 176-54951. Sin embargo, el terreno que la CAR adquirió hacía parte de uno de mayor extensión, por lo cual se tuvo que hacer la respectiva segregación y el globo de mayor extensión se redujo a 30 hectáreas y 8,018 metros.

En el año 2016 el señor Hernán de Jesús Lee Campos solicitó al DNP la desafectación de su predio (30 ha 8,018 metros), debido a que no fue adquirido en su totalidad por la CAR y se encuentra fuera del comercio por la afectación impuesta a través de la Resolución No. 057 de 1993. Como respuesta a la anterior solicitud el DNP niega su competencia y remite el asunto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, quien a su vez lo remite a la CAR, entidad que niega su competencia para solicitar el levantamiento de la afectación.

Para resolver el presunto conflicto de competencias la Sala resalta los siguientes puntos respecto al proceso de expropiación y el caso concreto:

- i) El proceso de expropiación fue adelantado bajo las reglas contenidas en la Ley 9ª de 1989, actualmente vigente con modificaciones hechas por la Ley 388 de 1997.
- ii) Dentro de las etapas del proceso se tiene una primera fase de oferta contemplada en el artículo 13<sup>14</sup> de la Ley 9<sup>a</sup> de 1989, en esta fase el DNP expide la Resolución 057 de 1993 y afecta el bien inmueble con matrícula inmobiliaria No. 176-21018, el cual quedó fuera del comercio.
- iii) La segunda fase del proceso es la enajenación voluntaria contenida en el artículo 14<sup>15</sup> de la citada norma, en esta etapa la CAR firma promesa de compraventa con el señor Hernán de Jesús Lee Campos y se registró la respectiva escritura y se transfirió el predio de 6 hectáreas y 8,200 metros a nombre de la Corporación Autónoma Regional. Sin embargo, en esta etapa la CAR no adelantó previamente la desafectación por utilidad pública como lo ordena la norma de la siguiente forma:

<sup>14</sup> Ley 9º/89. "Artículo 13.- Corresponderá al representante legal de la entidad adquirente, previas las autorizaciones estatutarias o legales respectivas expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa. El oficio contendrá la oferta de compra, la trascripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble, y el precio base de la negociación. Al oficio se anexará la certificación de que trata el artículo anterior. Este oficio no será susceptible de recurso o acción contencioso-administrativa. Ver Concepto Consejo de Estado 976 de 1997. El precio base de la negociación se fundamentará en el avalúo efectuado por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" o la entidad que cumpla sus funciones, el cual se anexará a la oferta de compra. El término para formular observaciones, al mismo, empezará a correr a partir de la notificación de oferta de compra. El avalúo tendrá una antelación máxima de seis (6) meses respecto a la fecha de la notificación de la oferta de compra. El oficio que disponga la adquisición se notificará al propietario a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siquientes al de su expedición. Si no pudiere efectuarse la notificación personal, la orden de adquisición se notificará por edicto, el cual será fijado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al del vencimiento del término para la notificación personal en un lugar visible al público de la sede de la entidad adquirente, en el lugar de la ubicación del inmueble, y en la alcaldía del mismo sitio. El edicto será desfijado después de cinco (5) días hábiles, término durante el cual la entidad adquirente lo publicará en un periódico de amplia circulación nacional o local. Adicionalmente, cuando el nombre del propietario figure en el directorio telefónico, se enviará a todas las direcciones que allí aparezcan copia del edicto por correo certificado o con un funcionario que la entregue a cualquier persona que allí se encuentre, o la fije en la puerta de acceso, según la circunstancias. También se enviará a la dirección que el propietario hubiere denunciado en la oficina de Catastro respectiva. El oficio que disponga una adquisición será inscrito por la entidad adquirente en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble dentro de los cinco (5) días hábiles siquientes a su notificación. Los inmuebles así afectados auedarán fuera del comercio a partir de la fecha de la inscripción, y mientras subsista, ninguna autoridad podrá conceder licencia de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra. Los que se expidan no obstante esta prohibición serán nulos de pleno derecho".

<sup>15</sup> Ley 9º/89. "Artículo 14.- Si hubiere acuerdo respecto del precio y de las demás condiciones de la oferta con el propietario, se celebrará un contrato de promesa de compraventa, o de compraventa, según el caso. A la promesa de compraventa y a la escritura de compraventa se acompañarán un folio de matrícula inmobiliaria actualizado.

Inciso 2º modificado por el art. 34, Ley 3º de 1991. Otorgada la escritura pública de compraventa, ésta se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, previa cancelación de la inscripción a la cual se refiere el artículo 13, de la presente ley.

Inciso 3° modificado por el art. 34, Ley 3º de 1991. Realizada la entrega real y material del inmueble a la entidad adquirente, el pago del precio se efectuará en los términos previstos en el contrato.

El cumplimiento de la obligación de transferir el dominio se acreditará mediante copia de la escritura pública de compraventa debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria en el cual conste que se ha perfeccionado la enajenación del inmueble, libre de todo gravamen o condición". Modificado Ley 3º de 199".

"Artículo 14. (...) Otorgada la escritura pública de compraventa, ésta se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, <u>previa cancelación de la inscripción a la cual se refiere el artículo 13, de la presente ley". (Subraya la Sala).</u>

Así las cosas, la Sala constató en certificado de tradición de otro predio afectado con la Resolución Ejecutiva No. 057 de 1993 proferida por el DNP, que se surtió el siguiente proceso:

- 1. La CAR radicó la Resolución Ejecutiva No. 057 de 1993.
- La CAR radicó cancelación de la Resolución Ejecutiva No. 057 de 1993.
- La CAR registró la compraventa parcial del predio afectado por el citado acto administrativo.<sup>16</sup>

Por lo tanto, es lógico para la Sala que la obligación de desafectar el predio se encontraba en cabeza de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, hoy Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, entidad que i) asumió las funciones que tenía la CAR y continuó lo que se encontraba en proceso a cargo de esta; y ii) actualmente cuenta con competencia para adelantar procesos de expropiación, que conlleva a que pueda solicitar la desafectación del predio del señor Lee Campos, el cual no adquirió de forma total para la construcción de la PTAR.

En ese orden de ideas, la Sala determinará que la competencia para solicitar el levantamiento de la afectación impuesta al predio con matrícula inmobiliaria No. 176-21018 es de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, por las razones expuestas anteriormente.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para que resuelva de fondo la solicitud del señor Hernán de Jesús Lee Campos.

**SEGUNDO. ENVIAR** el expediente de esta actuación a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para lo de su competencia.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión al Departamento Nacional de Planeación (DNP), al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), a la Alcaldía municipal de Gachancipá, al doctor Remberto Quant González y al señor Hernán de Jesús Lee Campos.

**CUARTO. RECONOCER** personería jurídica al abogado Remberto Quant González como apoderado de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, en los términos y para los efectos del respectivo poder y documentos anexos que obran en el expediente.

**QUINTO.** Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 2. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Asunto: Autoridad competente para dar cumplimiento a un fallo judicial cuando la entidad que se condena no existe, por haberse ordenado su supresión y liquidación. El Instituto de Seguros Sociales (liquidado) como empleador y como administrador de pensiones. Radicado 2017-00154

### Radicado 2018-00003

Fecha: 10/04/2018

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

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

#### I. ANTECEDENTES

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

- El señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli estuvo vinculado laboralmente al Instituto de Seguros Sociales (ISS), del 12 de enero al 11 de mayo de 1984 y del 21 de agosto de 1984 hasta el 26 de junio de 2003, periodo este último en el cual laboró como médico de planta y trabajador oficial, cuando el ISS era una empresa industrial y comercial del Estado (folios 84 a 90).
- 2. En virtud del Decreto 1750 de 2003, el Gobierno nacional ordenó la escisión de toda la estructura organizacional del ISS dedicada a la prestación de servicios de salud, incluyendo sus clínicas y hospitales, y la creación de siete empresas sociales del Estado, ESE, entre las cuales se encontraba la ESE Rita Arango Álvarez del Pino. Asimismo, se dispuso el traslado a dichas empresas, sin interrupción, de la planta de personal del ISS dedicada a la prestación de los servicios de salud.
- 3. Por esta razón, el señor Betancur Ciuffetelli pasó a laborar, de manera automática y sin solución de continuidad, a la ESE Rita Arango Álvarez del Pino, en donde estuvo vinculado del 26 de junio de 2003 al 30 de septiembre de 2004 (folios 84 a 90).
- 4. El señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli, en su condición de exempleado de las dos entidades señaladas, obtuvo el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación por parte de la ESE Rita Arango Álvarez del Pino, mediante la Resolución Nº 747 del 25 de noviembre de 2004, asumida por cuotas entre dicha entidad (6,19%)

- y el Instituto de Seguros Sociales, en su condición de antiguo empleador (95,81%), según se dispuso en dicho acto administrativo (folios 97 a 99).
- 5. En el artículo 4º de la citada resolución, se advirtió expresamente lo siguiente: "La pensión se pagará en la forma establecida en esta Resolución hasta cuando <u>la Entidad Administradora de Pensiones-ISS reconozca</u> al señora(a) BLAS HERNANDO BETANCUR CIUFFETELLI <u>la pensión de vejez</u>. A partir de este momento solamente se pagará por parte de las entidades concurrentes <u>la diferencia que resulte de restar de la pensión de jubilación, la pensión de vejez</u>, ajuste que se producirá en forma automática en la nómina de pensionados de la empresa jubilante" (se resalta) (folio 98).
- 6. De acuerdo con lo anterior, el señor Betancur Ciuffetelli, al cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, solicitó dicha prestación al ISS (Seccional Risaralda), entidad que, como administradora del régimen de prima media con prestación definida<sup>17</sup>, reconoció la pensión de vejez al solicitante, mediante la Resolución No. 4118 de 2010. En el artículo 2º de esta resolución se ordenó que las mesadas pensionales fueran pagadas "a través del ISS Patrono", y se dispuso que el valor del retroactivo, determinado en el mismo acto administrativo, "se cancelará a favor del ISS PATRONO" (folios 97 a 103).
- 7. El 14 de julio de 2011, mediante sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Caldas ordenó a la ESE Rita Arango Álvarez del Pino "(...) reliquidar y pagar la pensión de jubilación al doctor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli... a partir del 1° de octubre de 2004, con el 100% del promedio mensual de lo percibido por él, en sus dos últimos años de servicio (...)" (se resalta). (Folios 84 a 95).
- 8. El 3 de mayo de 2012, la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (folios 84 a 95).
- 9. Por otra parte, como resultado de un proceso ordinario laboral promovido por el señor Betancur contra el Instituto de Seguros Sociales, el 27 de marzo de 2012, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales resolvió (folios 54 a 64):

"(...)

<u>SEGUNDO.</u> ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales a tener en cuenta el tiempo laborado por el señor Blas Hernando Betancurt Ciuffetelli como supernumerario en el ISS para los efectos del otorgamiento de la pensión que reclama. El tiempo a tener en cuenta es el siguiente: Del 30 de junio al 28 de julio de 1981; del 1º al 21 de febrero de 1981; del 25 de mayo al 23 de junio de 1982; del 27 de diciembre de 1982 al 23 de enero de 1983; del 28 de enero al 17 de febrero, del 4 al 27 de abril, del 2 al 7 y del 9 al 14 de mayo, del 6 al 11, del 13 al 18 y del 20 al 24 de junio, del 25 de junio al 31 de julio, del 3

<sup>17</sup> Información tomada de las resoluciones del ISS (Seccional Risaralda) que reposan en el expediente (folios 101 a 103).

de octubre al 1º de noviembre, del 14 al 19 y del 21 al 29 de noviembre de 1983; del 2 de diciembre de 1983 al 1º de enero de 1984 y del 18 de junio al 17 de julio de 1984.

<u>TERCERO.</u> CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales a pagar las costas procesales a favor del señor Blas Hernando Betancurt Ciuffetelli en un 100%, teniendo en cuenta que las agencias en derecho fueron fijadas en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000,00)".

- 10. Esta sentencia fue notificada el 27 de marzo de 2012 y quedó ejecutoriada el 30 de marzo del mismo año (folio 64). Además, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, mediante auto del 25 mayo de 2012, aprobó la liquidación de las costas del proceso, por la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), correspondientes a las agencias en derecho (folios 64 a 65).
- 11. El 6 de febrero de 2015, mediante Resolución RDP 005050, la UGPP, como sustituto de las obligaciones pensionales a cargo de la ESE Rita Arango Álvarez del Pino (liquidada), asumió el cumplimiento al fallo proferido por el Consejo de Estado. En el parágrafo del artículo 2º de esta resolución, aclaró lo siguiente: "Que mediante este acto administrativo se reconoce en la cuantía que corresponda al mayor valor entre la pensión de jubilación convencional reconocida por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación Hoy UGPP en calidad de patrono, y la pensión de vejez legal reconocida por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) en liquidación, hoy Colpensiones, en calidad de asegurador" (subrayamos) (folios 104 a 108).
- 12. Inconforme con el monto de la pensión reliquidada por la UGPP en ese acto administrativo, el señor Betancur Ciuffetelli interpuso una demanda ejecutiva contra la UGPP, que le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el cual, mediante auto del 9 de marzo de 2017, libró mandamiento de pago en contra de la UGPP y a favor del señor Betancur, por la suma de setenta y nueve millones ochocientos ochenta y seis mil trescientos noventa y un pesos (\$79.886.391) moneda corriente.
- 13. El 1º de diciembre de 2016, Colpensiones, mediante Resolución No. GNR 362651, declaró su falta de competencia para cumplir el fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales el 27 de marzo de 2012, y remitió el expediente pensional a la UGPP, para los mismo fines (folios 6 a 9).
- 14. Mediante los autos ADP 001675 del 28 de febrero y 004890 del 13 de julio de 2017, la UGPP declaró su falta de competencia para dar cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales (folios 10 a 11, 70 a 71 y 74 a 75).
- 15. Simultáneamente, el 14 de febrero de 2017, el señor Betancur Ciuffetelli solicitó a la UGPP el pago de las costas procesales decretadas a su favor en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales (folios 70 a 71).

- 16. El 24 de febrero de 2017, la UGPP, mediante el oficio No. 201714000549301, remitió por competencia el asunto al Ministerio de Salud y Protección Social, entidad que, a su vez, lo remitió al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales (PAR-ISS), administrado por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, Fiduagraria S.A., mediante oficio 201711100903911 del 16 de mayo de 2017 (folios 70 a 76).
- 17. El 31 de mayo de 2017, mediante oficio No. 201706371, Fiduagraria S.A., como administradora y vocera del PAR-ISS, remite de nuevo la solicitud de pago de las costas procesales a la UGPP, por competencia (folios 75 a 76).
- 18. Mediante oficio radicado ante la Sala de Consulta y Servicio Civil el 15 de enero de 2018, Colpensiones solicitó resolver el conflicto de competencias administrativas surgido entre esa entidad y la UGPP, "para que se dirima y determine a cuál de las entidades mencionadas corresponde la solicitud del señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.214.653, en relación con los derechos prestacionales que reclama" (se subraya). Más adelante, en el mismo escrito, Colpensiones manifiesta que "solicita se dirima el conflicto negativo de competencias aquí planteado, en el sentido de establecer que la competencia para incluir los tiempos relacionados por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Manizales expediente No. 483-2011, dentro de la historia laboral del señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli, objeto del presente conflicto negativo de competencias, no corresponde a Colpensiones sino a la UGPP, de conformidad con el Decreto 2013 de 2012" (destacamos) (folios 1 a 2).

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos (folio 35).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (folios 48 a 55 y 96).

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y al señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli (folio 36).

Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que, durante la fijación del edicto, se recibieron alegatos o consideraciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (folios 38 a 47), de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), (folios 48 a 49) y del señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli (folios 56 a 83).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

## Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

La UGPP manifestó que la pensión reconocida por la E.S.E Rita Arango Álvarez del Pino al señor Betancur Ciuffetelli es una pensión de jubilación compartida con la pensión de vejez que posteriormente le reconoció el ISS, en su calidad de administradora de pensiones. Por lo tanto, la entidad competente para dar cumplimiento al fallo del Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 2013 de 2012, es Colpensiones, ya que dicha decisión se refirió a la pensión de vejez que reconoció el ISS como administradora de pensiones y no como empleador.

Asimismo, afirmó que la UGPP, como sucesor del ISS (en calidad de empleador), dio cumplimiento al fallo proferido por el Consejo de Estado, mediante la Resolución RDP 005050 de 2015, en el sentido de reliquidar y pagar la pensión del señor Betancur Ciuffetelli, con el 100% del promedio mensual de lo percibido por él en sus dos últimos años de servicio. Por esta razón, afirmó que el reconocimiento e inclusión de nuevos tiempos de servicio dentro de la historia laboral del solicitante, derivados de la orden proferida por el fallo del Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, es competencia de Colpensiones.

Más adelante, la UGPP presentó un nuevo escrito, para dar alcance a los alegatos inicialmente presentados, en el cual manifestó que "el Ministerio de Salud y Protección Social", podría ser la entidad competente para dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, dado que el conflicto que fue resuelto en dicha providencia corresponde a un asunto laboral, de naturaleza "no pensional".

En esa medida, dado que el ISS era una entidad vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, que modificó el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, en concordancia con el artículo 44 del Decreto 2013 de 2012 y el Decreto Ley 4107 de 2011, el "Ministerio de Salud y Protección Social" y, en su defecto, Colpensiones, serían las entidades competentes para dar cumplimiento al fallo judicial, pues, en su concepto, la pensión de vejez reconocida por el ISS lo fue en su calidad de empleador o "patrono" y no como "asegurador" o administrador de pensiones en el régimen de prima media (folios 52 a 54).

## 2. Colpensiones

Colpensiones manifiesta que el Decreto 2013 de 2012 suprimió y liquidó el ISS, y que el artículo 27 de dicho decreto estableció una norma de competencia, en virtud de la cual la UGPP es la entidad competente para asumir el pago de los derechos pensionales reconocidos por el ISS como empleador. Por lo tanto, dicha entidad es la competente para cumplir el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales del 27 de marzo de 2012, e incluir los tiempos de servicio relacionados en dicha sentencia, dentro de la historia laboral del señor Betancur Ciuffetelli (folios 1 a 2 y 48 a 49).

#### 3. El señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli

Por su parte, el señor Betancur Ciuffetelli manifestó que no pretende que se le reconozcan los tiempos indicados en el fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, porque su inclusión no afecta el reconocimiento de su pensión, ni la liquidación de la misma. Además, afirmó que la solicitud que dio lugar al conflicto de competencias corresponde solamente al cobro de las costas procesales ordenadas mediante el fallo judicial del 27 de marzo de 2012 y no al del cumplimiento de esa decisión, en su integridad.

En esa medida, pidió que "el trámite para resolver el conflicto de competencia administrativa solamente se enfoque en la solicitud del pago de las costas procesales y/o agencias en derecho ordenadas por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, de fecha 27 de marzo de 2012, aprobadas mediante Auto de fecha 25 de mayo de 2012" (folio 56).

#### IV. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

#### a. Competencia de la Sala

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

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

(...)".

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

"...10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o

entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo"

De acuerdo con estas disposiciones, se ha reiterado<sup>18</sup> que la Sala es competente para resolver los conflictos de competencias: (i) que se presenten entre autoridades nacionales, o en los que esté involucrada al menos una entidad de ese orden, o aquellos que se susciten entre entidades territoriales no sometidas a la jurisdicción de un solo tribunal administrativo; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa, y (iii) que versen sobre un asunto particular y concreto.

Como surge del análisis de los antecedentes, el presente conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Asimismo, se trata de un asunto de naturaleza administrativa y de carácter particular y concreto, tal como se explicará más adelante.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

#### b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, "mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán"<sup>19</sup>. El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que "[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente,

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 11 de julio de 2016. Radicado. 110010306000201600079-00.

<sup>19</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente". Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que "[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida".

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

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

### 3. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 4. Problema jurídico

Para delimitar el problema jurídico involucrado en el presente conflicto de competencias administrativas, es necesario recordar, en primer lugar, que en el escrito que dio origen a esta actuación (folios 1 a 2), Colpensiones solicitó establecer la competencia para resolver sobre "los derechos prestacionales que reclama" el señor Betancur Ciuffetelli, así como "para incluir los tiempos relacionados por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Manizales expediente No. 483-2011, dentro de la historia laboral" del mismo pensionado.

Igualmente, en los documentos que obran en el expediente, se advierte que Colpensiones, mediante Resolución GNR 362651 de 2016 (folios 6 a 9), declaró su incompetencia para

dar cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, razón por la cual, ordenó remitir el expediente a la UGPP.

En atención a dicha remisión, la UGPP, mediante el auto ADP 1675 del 28 de febrero de 2017, manifestó también su incompetencia y consideró que se presentaba un conflicto de competencias entre esa entidad y Colpensiones, "respecto a quién debe dar cumplimiento al fallo judicial" mencionado.

Sin embargo, el señor Betancur Ciuffetelli, mediante escrito remitido a la Sala el 6 de febrero de 2018 (folio 53), manifestó:

"Es importante aclarar que la solicitud que dio lugar al presente conflicto de competencia administrativa solamente corresponde al cobro de las costas procesales, ordenadas mediante la Sentencia Judicial proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, de fecha 27 de marzo de 2012, aprobadas mediante Auto de fecha 25 de mayo de 2012.

Por tanto, NO corresponde ni pretendo que con este caso se dirima lo concerniente a lo ordenado en la parte resolutiva de la referida sentencia, pues se trata de otro asunto que en últimas no me fue reconocido por el ISS en su momento, pero que tampoco afectó el reconocimiento ni la liquidación de mi pensión".

Lo anterior está en armonía con la solicitud que formuló el mismo peticionario ante la UGPP el 14 de febrero de 2017, en el sentido de que dicha entidad procediera al "PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES ordenadas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, mediante Sentencia de Primera Instancia de fecha 27 de marzo de 2012, a favor del suscrito en un 100%, por la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) moneda corriente".

Por lo tanto, esta Sala debe resolver, inicialmente, si el objeto del conflicto de competencias administrativas se refiere a determinar cuál es la entidad que debe dar cumplimiento a la sentencia del Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, en general, o solamente establecer cuál es la entidad competente para dar respuesta a la petición presentada por el señor Betancur Ciuffetelli en relación con el pago de las costas impuestas en dicha providencia, como lo pretende el interesado.

A este respeto, advierte la Sala que la manifestación del señor Betancur Ciuffetelli no la obliga a limitar el objeto del conflicto de competencias a ese solo aspecto (las costas judiciales), ya que, además de que el peticionario <u>no es parte</u> del conflicto de competencias administrativas (lo son únicamente Colpensiones y la UGPP), sino un tercero interesado, la resolución del conflicto no fue solicitada por él, sino por Colpensiones, y se refirió, como queda visto, al cumplimiento del fallo judicial, en general. Así lo consideró también la UGPP en sus alegatos.

Adicionalmente, es importante señalar que si bien para el jubilado puede ser indiferente el cumplimiento de la obligación principal impuesta en el fallo del juzgado laboral,

pues esto no afectaría el monto de las mesadas pensionales que recibe, no necesariamente ocurre lo mismo para las partes en conflicto, pues ellas pueden tener un interés económico en este asunto.

En efecto, con base en lo dispuesto en los actos de reconocimiento de la pensión convencional de jubilación y de la pensión de vejez, una vez reconocida esta última, por parte del ISS, la entidad que otorgó la pensión de jubilación, es decir, la ESE Rita Arango Álvarez del Pino (hoy en día, la UGPP), solamente debe pagar *la diferencia* entre las dos pensiones reconocidas, esto es, el mayor valor que tenga la pensión de jubilación respecto de la pensión de vejez. Lo anterior, implica, como es lógico, que entre más alto sea el valor de la pensión de vejez, menor sería la suma con la que tendría que contribuir la UGPP, como entidad que está a cargo, en la actualidad, de la pensión de jubilación.

En todo caso, debe advertirse que nada de lo explicado sobre el objeto del presente conflicto, ni la resolución misma de la controversia, impide que el señor Betancur Ciuffetelli, como titular de la pensión compartida y, por lo tanto, acreedor de las obligaciones impuestas en la referida sentencia, se abstenga de exigir el cumplimiento de la obligación principal, y de realizar las gestiones y acciones que normalmente serían procedentes para ello, si considera que la ejecución de esa obligación le es indiferente, o que la conducta pasiva es la que resulta más conveniente para sus intereses.

De acuerdo con lo expuesto, el problema jurídico que se plantea dentro del presente conflicto de competencias administrativas, consiste en determinar cuál es la entidad competente para sustituir al Instituto de Seguros Sociales (ISS), en el cumplimiento del fallo proferido el 27 de marzo de 2012 por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales.

Para resolver este problema jurídico, la Sala: (i) analizará su competencia en relación con el cumplimiento de una sentencia judicial; ii) revisará las normas que ordenaron la liquidación del Instituto de Seguros Sociales y la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y, por último, iii) revisará el caso concreto.

## 5. Análisis del conflicto planteado

## Posibilidad de resolver conflictos de competencia administrativa en relación con el cumplimiento de una sentencia judicial. Reiteración

Como lo ha señalado la Sala en reiteradas oportunidades<sup>20</sup>, el cumplimiento de una sentencia judicial por parte de una entidad u organismo público supone el ejercicio de la función administrativa, pues implica una actividad del Estado tendiente a garantizar la eficacia material de los derechos individuales o colectivos que hayan sido declarados

Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 27 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-06-000-2014-00084-00; decisión de 1 de abril de 2014, radicado 11001-03-06-000-2014-00042-00, y decisión de 24 de agosto de 2017, radicado 11001-03-06-000-2017-00070-00.

o reconocidos en la respectiva providencia. Es por esta razón que el artículo 192 del CPACA dispone, en lo pertinente:

"Artículo 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, **el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.** 

*(…)* 

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, **sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva**, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.

El incumplimiento por parte de las autoridades de las disposiciones relacionadas con el reconocimiento y pago de créditos judicialmente reconocidos acarreará las sanciones penales, disciplinarias, fiscales y patrimoniales a que haya lugar.

(...)". (Resalta la Sala).

En lo que no existe acuerdo pleno es en el punto de si dicha función implica la realización de una actuación administrativa, de aquellas que se encuentran reguladas por los artículos 34 y siguientes del CPACA, o si se trata de una simple operación administrativa. Como lo ha manifestado la Sala<sup>21</sup>, una u otra calificación dependen principalmente del contenido del fallo, es decir, del alcance de las órdenes y decisiones que hayan sido adoptadas por la autoridad judicial, así como de las actividades, determinaciones y gestiones que deba realizar la entidad pública que resulte condenada, para darle cumplimiento.

En todo caso, ya sea que se trate de una actuación administrativa o de una simple operación administrativa, lo cierto es que implica el ejercicio de la función administrativa, en desarrollo de la cual pueden presentarse conflictos de competencia, bien sea porque dos o más entidades públicas se consideren competentes para ejercer dicha

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 27 de noviembre de 2014. Radicado No. 11001-03-06-000-2014-00229-00.

función (conflicto positivo), ora porque ninguna de ellas acepte la competencia para el efecto (conflicto negativo).

Igualmente, se debe reiterar que la Sala de Consulta y Servicio Civil no puede variar o alterar lo definido judicialmente en el fallo, como lo ha reconocido esta misma Sala en varias ocasiones. Por esta razón, la Sala ha afirmado que la autoridad o entidad pública que debe cumplir una sentencia judicial es, en principio, la misma que compareció al proceso como demandada y que, en tal condición, fue condenada. Sin embargo, también ha advertido que esta es una regla general, pero no es absoluta.

En efecto, en algunas ocasiones se presentan circunstancias que generan dudas sobre la entidad llamada a cumplir la condena, por eventos que hayan ocurrido después de proferida la sentencia o, incluso, durante el proceso judicial pero que no fueron reconocidos en el fallo, y que afectan la competencia de la entidad demandada o condenada, tales como <u>la supresión</u>, la fusión y la escisión <u>de entidades públicas</u>, o la eliminación, el traslado o la reorganización de funciones entre diferentes entidades, órganos y organismos de la administración.

En tales casos excepcionales, la necesidad de garantizar los derechos reconocidos o declarados en la sentencia, así como el principio de la tutela judicial efectiva, que forman parte del derecho de acceso a la administración de justicia, como la Corte Constitucional lo ha señalado en varias sentencias, hacen que la Sala de Consulta y Servicio Civil deba resolver el conflicto de competencias que se presente y declarar, por lo tanto, cuál de las entidades que participan en la disputa o, incluso, una tercera entidad u organismo, es la competente para cumplir lo ordenado en el fallo judicial.

La Sala entiende que, al dirimir dichos conflictos, no puede adicionar, suprimir, modificar ni alterar en forma alguna lo resuelto sustancialmente en el fallo, y debe apegarse, en todo lo posible, tanto a la voluntad real del operador judicial como al texto mismo de la sentencia.

En el presente caso, la Sala encuentra que el conflicto de competencias administrativas está plenamente justificado, dado que la entidad que fue condenada por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales y que, por ende, debía cumplir la sentencia en su oportunidad, no existe en la actualidad, por haberse ordenado su supresión y liquidación, y haberse completado ya su trámite liquidatorio.

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

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

Por su parte, la Ley 1151 de 2007, en su artículo 155, ordenó la creación de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, denominada Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), y dispuso que el Gobierno nacional debía emprender todas las acciones tendientes a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y el Instituto de Seguros Sociales<sup>22</sup>. En virtud de lo anterior, el Gobierno nacional, expidió los Decretos 2011<sup>23</sup>, 2012<sup>24</sup> y 2013<sup>25</sup> de 2012, mediante los cuales reglamentó la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), ordenó la supresión del ISS y lo declaró en estado de liquidación, ente otros asuntos, todo ello a partir del 28 de septiembre de 2012.

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 2011 de 2012, establece que Colpensiones tiene a su cargo la administración del régimen de prima media con prestación definida. En armonía con la disposición citada, el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, establece:

"Artículo 35. De los Procesos judiciales. De conformidad con el artículo 25 del Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1450 de 2011, el Instituto de Seguros Sociales en liquidación, deberá presentar ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones que cursen al momento de entrada en vigencia del presente decreto.

El Instituto de Seguros Sociales en liquidación continuará atendiendo los procesos judiciales en curso derivados de su gestión como administradora del régimen de prima media con prestación definida, por el término de tres (3) meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. Vencido dicho término, los procesos deberán ser entregados a Colpensiones entidad que continuará con el trámite respectivo.

Durante ese mismo término el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, tendrá a su cargo la sustanciación de los trámites y la atención de las diligencias prejudiciales y judiciales convocadas y notificadas con anterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto.

Las sentencias judiciales que afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte, o relacionadas con la función de administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida serán cumplidas por Colpensiones". (Resalta la Sala).

De la norma reproducida se advierte que, por expreso mandato legal y de conformidad con el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, se impuso a Colpensiones la obligación de cumplir con las sentencias judiciales dictadas en contra del ISS y relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida, así como las que afecten a los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

<sup>22</sup> Ley 1151 de 2007 "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010" (...) "Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida...el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones".

<sup>23 &</sup>quot;Por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)".

<sup>24 &</sup>quot;Por el cual se suprimen unas dependencias de la estructura del Instituto de Seguros Sociales (ISS)".

<sup>25 &</sup>quot;Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales (ISS), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones".

Es así como, al trasladarse a Colpensiones las funciones que venía desarrollando el ISS relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida, dicha entidad debe cumplir los compromisos adquiridos, así como las obligaciones legales o judiciales originadas en dicha administración, pues Colpensiones, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 52²6 de la Ley 489 de 1998, se subrogó en las obligaciones y derechos de los que el ISS era deudor y titular, respectivamente.

En virtud de lo anterior, existe, entonces, una regla clara y expresa que permite a Colpensiones dar cumplimiento a las sentencias judiciales relacionadas con la administración del régimen de prima media con prestación definida, en razón al traslado de la función de administración que tenía el ISS, al momento de su liquidación.

#### 6. El caso concreto

El Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales, en sentencia del 27 de marzo de 2012, resolvió lo siguiente:

"<u>PRIMERO.</u> DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de CARENCIA DEL DERECHO RE-CLAMADO Y PRESCRIPCIÓN.

**SEGUNDO. ORDENAR** al Instituto de Seguros Sociales a tener en cuenta el tiempo laborado por el señor Blas Hernando Betancurt Ciuffetelli como supernumerario en el ISS para los efectos del otorgamiento de la pensión que reclama. El tiempo a tener en cuenta es el siguiente: Del 30 de junio al 28 de julio de 1981; del 1º al 21 de febrero de 1981; del 25 de mayo al 23 de junio de 1982; del 27 de diciembre de 1982 al 23 de enero de 1983; del 28 de enero al 17 de febrero, del 4 al 27 de abril, del 2 al 7 y del 9 al 14 de mayo, del 6 al 11, del 13 al 18 y del 20 al 24 de junio, del 25 de junio al 31 de julio, del 3 de octubre al 1º de noviembre, del 14 al 19 y del 21 al 29 de noviembre de 1983; del 2 de diciembre de 1983 al 1º de enero de 1984 y del 18 de junio al 17 de julio de 1984.

**TERCERO. CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales a pagar las costas procesales a favor del señor Blas Hernando Betancurt Ciuffetelli en un 100%, teniendo en cuenta que las agencias en derecho fueron fijadas en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000,00)".

*(...)*".

De los documentos allegados al expediente, se advierte que la sentencia fue notificada el 27 de marzo de 2012 y quedó ejecutoriada el 30 de marzo de los mismos mes y año, esto es, 6 meses antes de que el Gobierno nacional expidiera el Decreto No. 2013 de 2012, por medio del cual se ordenó la supresión y liquidación del ISS.

<sup>26</sup> Ley 489 de 1998, artículo 52 parágrafo 1º. "El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos".

Es claro, por lo tanto, que el Instituto de Seguros Sociales ha debido cumplir con lo ordenado en dicha providencia, antes de su liquidación o durante el respectivo proceso liquidatorio. Sin embargo, no lo hizo, sin que estén acreditadas en el expediente las razones que haya tenido en cuenta para ello.

Ahora bien, conforme a la declaración de incompetencia contenida en la Resolución GNR 362651 de 2016 y las alegaciones presentadas a la Sala, Colpensiones considera que las obligaciones derivadas del fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales fueron adquiridas por el ISS <u>en calidad de empleador</u> y no como administradora del régimen de prima media. De allí deriva Colpensiones su falta de competencia, pues, según lo afirma, el Decreto 2013 de 2012 estableció que la competencia para administrar los derechos laborales y prestacionales reconocidos por el ISS <u>en su calidad de empleador</u>, fue asignada a la UGPP.

La Sala no comparte el criterio anterior, pues el Juzgado Ordinario Laboral impuso obligaciones al ISS en su calidad de <u>administrador</u> del régimen solidario de prima media con prestación definida.

En efecto, al determinar el problema jurídico que debía resolverse en la sentencia, el Juez señaló expresamente: "2. El problema jurídico a resolver consiste en determinar si al señor Blas Hernando Betacurt Ciuffetelli le asiste derecho a que el ISS – como administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida le tenga en cuenta el tiempo laborado como supernumerario en el mismo ISS como empleador". (Se subraya).

Como se observa, el Juez distinguió nítidamente la función del ISS como administrador del régimen de prima media, de su rol como empleador (o antiguo empleador) del señor Betancur.

Asimismo, advierte la Sala que el ISS resolvió la solicitud de reconocimiento pensional del señor Betancur Ciuffetelli, como administrador del régimen de prima media con prestación definida, pues así se desprende claramente de las Resoluciones 09452 de 2009 (folio 101) y 4118 de 2010 (folio 102).

Por consiguiente, debe concluirse que la sentencia analizó y determinó la responsabilidad del ISS, en su condición de <u>administrador del régimen de prima media</u>, con relación a la <u>pensión de vejez</u> que le había reconocido previamente al señor Betancur Ciuffetelli. Otra cosa es que la obligación principal impuesta a dicha administradora consistiera en tener en cuenta, para la reliquidación de la pensión de vejez, algunos tiempos de servicio que el pensionado había prestado como supernumerario en la misma entidad, es decir, en el ISS, pero en calidad de empleador.

En efecto, no es acertado confundir las dos condiciones en las que actuó el ISS en relación con los hechos que dieron origen a este conflicto: i) como antiguo empleador del señor Betancur Ciuffetelli, el ISS concurrió al pago de la <u>pensión de jubilación</u>, junto con la ESE Rita Arango Álvarez del Pino, y ii) como asegurador y administrador del régimen de prima media con prestación definida, el ISS otorgó al peticionario una <u>pensión de vejez</u>,

condición en la cual fue condenado por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales a reliquidar el monto de dicha prestación, teniendo en cuenta algunos tiempos de servicio adicionales.

El hecho de que la pensión de vejez reconocida por el ISS, como administrador de pensiones, se debiera pagar "a través del ISS Patrono", tal como se ordenó en la Resolución 4118 del 19 de julio de 2010, no significa que el responsable de dicha prestación fuese el ISS, como antiguo empleador del pensionado, porque no fue esa la condición bajo la cual dicha entidad le reconoció la prestación al señor Betancur, y porque los recursos con los cuales debía pagar las mesadas respectivas no eran los suyas propias, sino los de los fondos de reserva que estaba obligado a constituir para el efecto, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y las demás normas pertinentes.

Aclara también la Sala que la sentencia del 14 de julio de 2011, dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas y confirmada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 3 de mayo de 2012, se refiere exclusivamente a la pensión <u>de jubilación</u> reconocida al señor Betancur Ciuffetelli <u>por la E.S.E Rita Arango Álvarez del Pino</u>, con base en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, debido a lo dispuesto por el Decreto 1750 de 2003 sobre la aplicación de dicha convención a los extrabajadores del ISS que pasaran a laborar, sin solución de continuidad, a las empresas sociales del Estado (ESE) creadas para asumir los servicios de salud que prestaba el ISS, antes de la escisión ordenada por el citado decreto.

Por lo tanto, el cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito no genera ninguna interferencia con el cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas y confirmado por el Consejo de Estado, pues este último se refiere a la <u>pensión de jubilación convencional</u> reconocida en su momento por la ESE Rita Arango Álvarez del Pino.

Tan cierto es lo anterior que el cumplimiento de dicha decisión judicial fue asumido expresamente por la UGPP, mediante la Resolución RDP 005050 del 6 de febrero de 2015, como sucesora para estos efectos de la ESE Rita Arango Álvarez del Pino y del ISS, en su calidad de empleador, y que el cumplimiento integral de la misma providencia es perseguido por el pensionado contra la UGPP, mediante una demanda ejecutiva que tramita en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en la cual ya se libró mandamiento de pago contra la UGPP.

"Artículo 5. Pago de costas judiciales de los procesos como administrador del Régimen de Prima Media. El pago de las condenas por costas procesales y agencias en derecho a que fue condenado el Instituto de Seguros Sociales en su calidad de administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida corresponde a Colpensiones". Dentro de este marco, y a la luz del artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, que establece la obligación de Colpensiones de cumplir con las sentencias judiciales relacionadas con la función de administración del régimen de prima media con prestación definida, encuentra la Sala que corresponde a dicha entidad dar cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales.

Esta conclusión encuentra sustento, además, en lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 533 de 2015<sup>27</sup>, el cual impone a Colpensiones la obligación de pagar las costas judiciales de los procesos en los que fue condenado el ISS como administrador del régimen de prima media con prestación definida:

"Parágrafo. En consideración a la complejidad de información con que se cuenta y a la presupuestación que se requiere, se crea una comisión transitoria de acompañamiento conformada por delegados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Esta comisión tendrá como función coordinar las acciones necesarias para garantizar por parte de Colpensiones el pago de las condenas de que trata el inciso anterior".

Finalmente, recuerda la Sala que las órdenes que se han proferido por parte de las autoridades judiciales, como expresión independiente de la administración de justicia y en cumplimiento de esa función pública (artículo 228 de la Constitución Política), deben ser acatadas. "El cumplimiento de las providencias judiciales es el cumplimiento de las leyes en el caso concreto y cuando quiera que sentencias condenen al Estado, de conformidad con los principios que rigen la función administrativa, habrán de cumplirse de manera eficaz, para lo cual las autoridades administrativas habrán de coordinar sus actuaciones y dar cumplimiento adecuado a los fines del Estado (artículo 209)". Frente a una decisión judicial en firme, la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva imponen como única solución admisible la estricta observancia de lo resuelto por la autoridad judicial<sup>29</sup>.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para cumplir el fallo No. 047 del 27 de marzo de 2012, proferido por el Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales.

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

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones); a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); al Juzgado Primero Laboral Adjunto del Circuito de Manizales; al Ministerio de Salud y Protección Social; a la Sociedad

<sup>27 &</sup>quot;Por medio del cual se adoptan medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales (ISS) en Liquidación y se dictan otras disposiciones".

<sup>28</sup> Verentreotros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 27 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-06-000-2014-00083-00, y decisión de 27 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-06-000-2014-00082-00.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1878 de 2008 – aclaración. Particularmente en el caso de las sentencias a cargo de las entidades públicas, esta Sala ha indicado que resulta incompatible con la Constitución y con los deberes funcionales del cargo "el incumplimiento por parte del Estado de las decisiones judiciales y de las obligaciones que de ellas surgen para los diferentes órganos y entidades públicas"; en consecuencia ha señalado que los funcionarios públicos, en virtud de los principios de legalidad y responsabilidad, están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las sentencias y la protección de los derechos reconocidos en ellas, so pena de las sanciones establecidas en la ley. (Concepto 2076 de 2012).

Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado (PAR-ISS), y al señor Blas Hernando Betancur Ciuffetelli.

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

**QUINTO.** Contra la presente decisión no procede recurso alguno, tal como lo dispone expresamente el inciso 3° del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 3. Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Asunto: Pensión por invalidez. Radica

#### Radicado 2018-00004

Fecha: 23/05/2018

Consejero Ponente: Édgar González López

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

#### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con los documentos allegados al expediente, los hechos son los siguientes:

- 1. La señora Sandra Milena Zabala Guzmán identificada con cédula de ciudadanía No 40'388.013, nació el 9 de enero de 1969 (folio 5).
- 2. La señora Zabala Guzmán prestó sus servicios así: (i) desde el 5 de junio de 1996 hasta el 31 de mayo de 2009, en la Secretaría de Educación del Departamento del Meta con aportes a la Caja Nacional de Previsión Social; (ii) desde 1 de junio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, en la Secretaría de Educación Municipal de Villavicencio con aportes al ISS hoy Colpensiones (folios 10, 11 y 22).
- 3. El 1 de noviembre de 2007, se estructuró una situación de invalidez por enfermedad común de la señora Zabala Guzmán consistente en esquizofrenia indiferenciada y episodios sicóticos, lo cual afectó su capacidad laboral en un 53.90%, según certificación del ISS<sup>30</sup> (folio 124 anverso).
- 4. El 23 de julio de 2013, la señora Zabala Guzmán le solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez con fundamento en la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el ISS. Colpensiones, mediante Resolución No. GNR 19992 del 21 de enero de 2014, negó el derecho por falta de competencia y ordenó remitir el expediente a la UGPP (folio 7 anverso y ss.).

<sup>30</sup> Es importante señalar que el ISS podía dictaminar la estructuración de invalidez por enfermedad. Al respecto el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 dispone:

<sup>&</sup>quot;Artículo 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así: "Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), a las Compañías de Salud (EPS), determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. (...)".

- 5. El 20 de octubre de 2014, la señora Zabala Guzmán solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue negada mediante la Resolución No. RDP 009288 del 9 de marzo de 2015 porque los documentos allegados carecían de valor probatorio al no ser originales o copias auténticas (folio 54 y ss).
- 6. El 20 de mayo de 2015, la señora Zabala Guzmán interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución No. RDP 009288 de 2015, el cual fue rechazado por la UGPP por extemporáneo mediante el Auto No. ADP 007536 del 27 de julio de 2015 (folio 50 anverso y ss.).
- 7. El 6 de julio de 2016, la señora Zabala Guzmán, actuando mediante apoderado, solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la UGPP, petición que fue negada mediante Resolución No. RDP 002744 del 27 de enero de 2017 porque la documentación allegada estaba incompleta (folio 52 y ss.).
- 8. El 10 de febrero de 2017, la señora Zabala Guzmán interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución No. RDP 002744 de 2017, entidad que mediante Resolución No. RDP 021600 de 2017 resolvió revocar en todas sus partes la Resolución No. 002744 de 2017, y en su lugar ordenó remitir las diligencias por competencia a Colpensiones (folio 5 anverso y ss.).
- 9. El 15 de enero de 2018, Colpensiones presentó un escrito ante la Sala de Consulta y Servicio Civil para que dirimiera el conflicto negativo de competencias suscitado con la UGPP (folio 1 y ss.).

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 16).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (folios 17 y 18).

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a la señora Zabala Guzmán, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del municipio de Villavicencio y Secretaría de Educación del Departamento del Meta (folios 33 y ss).

El 6 de febrero de 2018, el magistrado ponente, con la finalidad de completar la documentación para el estudio del conflicto, requirió a Colpensiones y a la UGPP y también dispuso vincular al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del municipio de Villavicencio y Secretaría de Educación del Departamento del Meta por so-

licitud de la UGPP (folio 21) y porque dentro de los antecedentes no existía claridad respecto a si se trataba de una docente o de funcionaria del nivel administrativo (folios 25 y ss.).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Según informe secretarial, la UGPP, el municipio de Villavicencio y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentaron alegatos dentro del término concedido (folios 24, 41 y 254). Las demás entidades guardaron silencio. Sin embargo, de sus actuaciones administrativas se extraen los apartes más relevantes.

#### 1. UGPP

Mediante escrito el Director Jurídico Pensional de la UGPP, reiteró la falta de competencia para proceder al estudio de la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de la señora Zabala Guzmán, por las siguientes razones:

"... a partir del <u>01 de abril de 1994</u> únicamente el Instituto del Seguro Social era la Entidad encargada de administrar el régimen de prima media con prestación definida y de recibir afiliados conforme a lo establecido en el Decreto 692 de 1994, norma que expresamente en su artículo 34 prohíbe a las cajas, fondos o entidades de previsión sociales existentes a <u>31 de marzo de 1994</u>, mientras subsistan, <u>recibir nuevos afiliados a partir del 01 de abril de 1994</u>, situación que claramente aplica para la entonces Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal).

Luego entonces, la Sala debe concluir que el reconocimiento de la prestación solicitada por la señora Sandra Milena Zabala Guzmán no le corresponde a la Unidad dado que de conformidad con los certificados obrantes la interesada ingresó al sistema a partir del año 1996, fecha para la cual la entonces Cajanal no podía recibir nuevos afiliados, así mismo se pudo evidenciar que para la fecha de estructuración de la invalidez (01 de noviembre de 2007) la entidad que respondía por el periodo era la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO, es por esto, que la Unidad considera que se debe integrar al conflicto presentado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) Secretaría de Educación del Municipio de Villavicencio". (Folios 19 y ss.).

## 2. Municipio de Villavicencio

"Lo primero que ha de referenciarse es que la señora Zabala Guzmán laboró para la Secretaría de Educación en los periodos comprendidos entre el 5 de junio de 1996 al 31 de mayo de 2009 y el 1 de julio de 2009 al 31 de julio de 2013.

En el primer periodo sus aportes pensionales fueron consignados a la extinta Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal. Empero por virtud del Decreto Nacional 2196 de 2009 se procedió con la supresión de Cajanal. (...)

De allí entonces, que en virtud de la liquidación de Cajanal, los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, procedieran con el traslado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por lo que bien se podría colegir que el obligado legalmente al reconocimiento del derecho pensional de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán, sería el actual fondo de pensiones.

No obstante, y a criterio de esta entidad, parece asistirle la razón al Fondo de Pensiones, Colpensiones, al señalar que ha de ser la UGPP la entidad encargada del reconocimiento del derecho pensional, por cuanto al darle alcance a lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, corresponderá el pago y reconocimiento del derecho pensional por invalidez a partir de la estructuración de dicho estado.

De tal suerte que para el momento del traslado forzoso al ISS, hoy Colpensiones, la señora Sandra Milena Zabala Guzmán ya se encontraba sufriendo del lamentable hecho de invalidez.

*(…)* 

En ese orden y atendiendo a lo dispuesto en líneas anteriores, ha de reiterarse que a criterio de este ente territorial la entidad encargada del reconocimiento del derecho pensional es la UGPP". (Folios 36 y ss.)

#### 3. Colpensiones

Manifestó que la competente para estudiar la solicitud de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán es la UGPP, por las siguientes razones:

"la señora SANDRA MILENA ZABALA GUZMÁN registra traslado al ISS hoy Colpensiones para el 1 de julio de 2009, de conformidad con el certificado CLEB No. 1510000049 expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Villavicencio que se anexa, y que obedece a un traslado forzoso de conformidad con el Decreto 2196 de 2009 analizado anteriormente.

Ahora bien, de conformidad con el certificado de pérdida de Capacidad Laboral emitido por el SEGURO SOCIAL, la señora SANDRA MILENA ZABALA GUZMÁN identificada con C.C. 40'388.013, presentó una pérdida de capacidad laboral del 53.90% con fecha de estructuración 1 de noviembre de 2007, por lo que de conformidad con el Decreto 3995 de 2008, artículo 6, y dado que Cajanal, argumenta inconsistencias en estas cotizaciones, el parámetro que entra a determinar la competencia es la entidad en donde se estaba cotizando durante la fecha de la estructuración siendo esta entidad Cajanal hoy la UGPP, por lo que no es Colpensiones la entidad llamada a resolver la solicitud de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán". (Folios 1 y ss.).

## 4. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

"Una vez consultado el aplicativo oficial del Fondo, no registra relación alguna con la señora Sandra Milena Zabala Guzmán, como afiliada, inactiva, pensionada, ni sustituta y/o beneficiaria a cargo. Al respecto se remite certificado remitido por el Área de

Servicio al Cliente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" (folio 254 y ss).

#### IV. CONSIDERACIONES

#### 6.. Competencia

## a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tiene establecidas dentro de sus funciones la de decidir sobre los conflictos que se presenten entre dos o más entidades para conocer y definir un determinado asunto de naturaleza administrativa, cuando al menos una de ellas sea de carácter nacional.

De otra parte, en diversos pronunciamientos<sup>31</sup> la Sala ha señalado que los requisitos generales para la existencia de un conflicto de competencias administrativas son: i) la presencia de al menos dos entidades que nieguen o reclamen competencia sobre un determinado asunto; ii) que los organismos o entidades pertenezcan al orden nacional; iii) o al orden departamental siempre y cuando no se encuentren dentro del mismo territorio de jurisdicción de un Tribunal Administrativo; iv) que el conflicto tenga naturaleza administrativa y; v) que verse sobre un caso concreto.

Como se evidencia en los antecedentes en el presente asunto: (i) el conflicto de competencias involucra a autoridades del orden nacional, Colpensiones y la UGPP; (ii) el

<sup>31</sup> Cfr. Conflictos 11001-03-06-000-2016-00042-00 y 11001-03-06-000-2016-00004-00, entre otros.

asunto discutido es de naturaleza administrativa y (iii) versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.

Se concluye por tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, "mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán"<sup>32</sup>.

El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que "[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente".

Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que "[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida".

<sup>32</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración y a no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.//2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

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

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

## 7. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 8. Problema jurídico

En el presente asunto, se debe determinar la entidad que debe reconocer y pagar la pensión de invalidez de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.

La UGPP alegó su falta de competencia para proceder al estudio del reconocimiento y pago de la pensión de la señora Zabala Guzmán, bajo el argumento de que la peticionaria se afilió a Cajanal con posterioridad al año 1994, fecha para la cual no era posible recibir afiliaciones y por tal razón Colpensiones es la entidad competente.

Por su parte, Colpensiones sostuvo que la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Zabala Guzmán tuvo lugar en el mes de noviembre de 2007, momento para el cual se encontraba afiliada a Cajanal.

Para resolver, la Sala estudiará: (i) la pensión de invalidez en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) la evolución normativa de la pensión de invalidez y requisitos; (iii) la importancia de la fecha de estructuración de la invalidez; y (iv) el caso concreto.

### 9. Análisis del conflicto planteado

## a. La pensión de invalidez en el ordenamiento jurídico colombiano

Como lo ha reiterado la Sala<sup>33</sup>, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fue diseñado para asegurar a los afiliados en los riesgos de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas por la ley. En el caso de la pensión de invalidez, contemplada en el literal c) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se orienta a la protección de los riesgos o contingencias surgidas con ocasión de algún estado de incapacidad del trabajador, a consecuencia de una disminución de tal magnitud que le impide seguir trabajando.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se considera como persona inválida aquella a quien se le haya calificado una disminución o pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 50% de su potencial laboral<sup>34</sup>. Es así como en la actualidad una persona puede ser declarada inválida cuando esté imposibilitada o impedida para seguir desarrollando una actividad laboral remunerada, por la disminución sustancial y permanente de por lo menos la mitad de sus capacidades físicas e intelectuales.

En efecto, la razón de ser de la pensión de invalidez es proteger a aquellas personas que hayan perdido por lo menos el cincuenta por ciento del conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permitían desarrollar un trabajo habitual y percibir por el mismo una retribución económica, y que por tal situación no pueden seguir cotizando en calidad de trabajadores activos al sistema general de seguridad social, tanto en salud como en pensiones.

#### 4.2. Evolución normativa de la pensión de invalidez. Requisitos

En la legislación colombiana, la primera norma que se expidió con miras a proteger a los trabajadores del riesgo de invalidez fue el Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Ley 2663 de 1950<sup>35</sup>. En los artículos 277 a 284 de dicha norma se regulaba lo referente al entonces llamado "auxilio de invalidez" a cargo de los empleadores. Adicionalmente, en el numeral segundo del artículo 259 de la misma codificación se dispuso lo siguiente:

"2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

Posteriormente, el 19 de diciembre de 1966 se expidió el Decreto 3041 de 1966 "por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de vejez, invalidez y muerte", para regular la forma en que el Instituto de los Seguros Sociales reconocería las

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conflicto con Rad. No. 11001-03-06-000-2015-00032-00 del 2 de junio de 2015.

<sup>34</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".

<sup>35</sup> Publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950.

pensiones por vejez, invalidez y muerte. Dicho decreto fue modificado por el Decreto 232 de 1984, que precisó los requisitos de cotización para asegurar el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Años más tarde, se dictó el Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990 dictado por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, norma que no incluyó cambios sustanciales en los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero sí enlistó de manera más precisa los requisitos para obtener el reconocimiento pensional por este riesgo, así:

"a. ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto y,

"b. haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez".

Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 100 de 1993, que entró a regir el 1° de abril de 1994. En el artículo 38 de esta ley se estableció que una persona sería calificada como inválida, si la pérdida de su capacidad laboral era del 50% o más de su capacidad laboral; mientras que en el artículo 39 se establecieron los requisitos mínimos que debía cumplir un afiliado para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez, a saber:

"a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

"b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez".

Estos requisitos fueron modificados como se observa a continuación. En relación con la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 fue reformada en dos oportunidades. La primera gran reforma se dio con la expedición de la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 11 se establecieron nuevos y más exigentes requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez<sup>36</sup>. Es importante señalar que en la sentencia C-1056 de ese mismo año, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de tal artículo.

La segunda reforma se dio con la promulgación de la Ley 860 de 2003<sup>37</sup> mediante la cual se insistió en la imposición de nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión

<sup>36</sup> El artículo 11 de la Ley 797 de 2003 disponía: "Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

<sup>2.</sup> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria".

<sup>37</sup> Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

de invalidez. En efecto, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003<sup>38</sup> estableció que para lograr el reconocimiento de una pensión de invalidez debían cumplirse los siguientes requisitos:

"1. Invalidez causada por enfermedad: **Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración** y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (aparte subrayado declarado inexequible en Sentencia C-428 de 2009).

"2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (aparte subrayado declarado inexequible en Sentencia C-428 de 2009).

"Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez" (Subrayas y negrillas de la Sala).

Como se puede observar, si bien es cierto se trata de requisitos menos exigentes respecto a los establecidos por la Ley 797 de 2003, los mismos en todo caso resultaban más rigurosos que los originalmente establecidos en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas y, dada la evidente regresividad que implicaba el requisito de fidelidad al sistema, la Corte Constitucional, en Sentencia C-428 del 1° de julio de 2009, concluyó que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 "resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo anteriormente contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993" y por lo tanto declaró parcialmente inexequible el aparte subrayado de los numerales uno y dos del artículo 1°.

## 4.3. La importancia de la fecha de estructuración de la invalidez

Dentro del estudio de la pensión de invalidez, tanto el porcentaje exacto de pérdida de capacidad laboral como la fecha de estructuración de la invalidez son cuestiones esenciales para efectos de determinar si una persona tiene o no derecho a que se le reconozca dicha prestación.

En efecto, es a partir de la fecha de estructuración de la invalidez que se podrá analizar si el afiliado había o no cotizado la cantidad de semanas necesarias para tener derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, según los requisitos contemplados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Resulta fundamental citar el Decreto 3995 de 2008<sup>39</sup>, en cuyo artículo 6 determinó:

"Pensiones de Invalidez y Sobrevivencia: Artículo 6°. Múltiple vinculación en casos de siniestros. Las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si a dicha fecha el trabajador no estuviera cotizando, las respectivas prestaciones serán reconocidas y pagadas, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para tener derecho a estas, por la administradora ante la cual se efectuó la última cotización antes de la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si cumplido el procedimiento anterior no puede determinarse la administradora responsable de la prestación, porque coinciden cotizaciones realizadas a otras administradoras a esa fecha, la administradora responsable será aquella ante la cual se haya efectuado la última vinculación válida.

Sin perjuicio de la atención al término legalmente señalado para el reconocimiento de estas prestaciones, las administradoras involucradas en la múltiple vinculación tendrán un plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la solicitud de pensión, para determinar la administradora responsable de la prestación según la regla aquí contenida, dentro del cual deberán entregarse las sumas correspondientes al riesgo de vejez junto con sus valorizaciones y el bono pensional, si a este hay lugar, además de la información completa de la historia laboral". (Subrayas de la Sala).

#### 5. El caso concreto

La Sala analizará el caso de la señora Sandra Milena Zabala Guzmán con base en la información que aparece en el expediente del conflicto, sin perjuicio de la obligación que le asiste a la entidad que se declare competente, de verificar todos los documentos y la información que hagan parte del expediente pensional y de la historia laboral de la solicitante.

#### 5.1. Hechos

- (1) La señora Sandra Milena Zabala Guzmán nació el 9 de enero de 1969.
- (2) Se vinculó laboralmente desde el 5 de junio de 1996 en el sector público y fue afiliada a Cajanal.

 $<sup>\,</sup>$  39  $\,$  Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993.

- (3) Para el 1 de noviembre de 2007 se estructuró una situación de invalidez por enfermedad común, lo cual afectó su capacidad laboral en un 53.90%, según certificación del ISS visible a folio 124 y ss.
  - (4) Historia laboral y afiliaciones, con aportes y cotizaciones en seguridad social:

ENTIDAD/ EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DÍAS	EQUIVALENCIA			FONDO/ ADMINISTRADORA DE PENSIONES	
				AAAA	MM	DD	SEMANAS	
SECTOR PÚBLICO								
Secretaría de Educación del Meta	05/06/1996	31/05/2009	4676	12	11	26	668	Cajanal
Secretaría de Educación de Villavicencio	01/06/2009	31/12/2012	1290	3	7	0	184	ISS/Colpensiones
			0	0	0	0	0	
TOTAL TIEMPO LABORADO			5966	16	6	26	852	

#### a. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez:

De acuerdo con los anteriores hechos, la señora Zabala Guzmán presuntamente cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, en tanto la afiliada perdió su capacidad laboral en más del 50%, cuando se encontraba cotizando al régimen general de pensiones y había cotizado cincuenta (50) semanas, dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo anterior, tal como lo exige el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

## 5.3. Competencia para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez:

La pensión de invalidez tiene un régimen especial que se encuentra consagrado en el artículo 6º del Decreto 3995 de 2008. Esta norma en forma expresa señala que la competencia para estudiar la solicitud de pensión de invalidez, será la entidad en la cual <u>se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.</u>

En efecto, el artículo 6º del Decreto 3995 de 2008 dispone:

"Artículo 6°. Múltiple vinculación en casos de siniestros. Las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este decreto, <u>deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizacio</u>

nes a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez". (subrayado fuera del texto).

De la anterior norma, la Sala concluye que la competencia para estudiar la solicitud de la señora Zabala Guzmán es de la UGPP, por las siguientes razones:

- 1. Los presupuestos de competencia que exige la norma anteriormente transcrita para estudiar la solicitud de la pensión de invalidez son: (i) que el trabajador se encuentre afiliado al momento de la invalidez, (ii) que se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la respectiva entidad y (iii) que se estructure una situación de invalidez durante la afiliación.
- 2. Los anteriores requisitos están cumplidos de la siguiente manera: (i) según la información que reposa en el expediente, la señora Zabala fue afiliada (indebidamente) el 5 de junio de 1996 a Cajanal<sup>40</sup>, (ii) Cajanal al momento de la estructuración de la invalidez recibió efectivamente los aportes y (iii) según certificado 6467 del ISS, la invalidez tuvo lugar el 1 de noviembre de 2007, fecha para la cual la señora Zabala Guzmán se encontraba afiliada y cotizando a Cajanal.

# 5.4. La pensión de invalidez tiene un régimen especial diferente al de pensión de vejez:

En los alegatos, la UGPP consideró que no era competente para estudiar en su momento la solicitud de pensión de invalidez de la señora Zabala Guzmán porque cuando la señora ingresó a Cajanal, esto es en el año 1996, Cajanal no podía recibir nuevos afiliados, por tal motivo, al existir una posible afiliación irregular, la entidad competente es Colpensiones.

Al respecto, la Sala considera pertinente hacer las siguientes precisiones:

- 1. El artículo 6º del Decreto 3995 de 2008, señala como presupuesto para determinar la competencia para estudiar la solicitud de la pensión de invalidez, que se hayan realizado efectivamente las cotizaciones al momento de la estructuración de la invalidez.
- 2. La pensión de invalidez tiene un régimen especial, donde la norma le atribuye la competencia de manera expresa a la entidad ante la cual se "hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia (...) o estructuración de la invalidez".
- 3. Esta situación es distinta de los casos en los que existe una afiliación irregular en la pensión de vejez, en los cuales la Sala ha señalado que la competencia es de la entidad que legalmente le corresponda y no de la que recibió la afiliación. Por esta razón reitera la Sala, que la pensión de invalidez tiene un régimen especial de competencia.

<sup>40</sup> La Sala desconoce las razones por las que la señora Zabala no fue afiliada efectivamente al Instituto de Seguros Sociales (ISS) como lo disponía la Ley 100 de 1993, sino que por el contrario siguió afiliada a Cajanal, y las cotizaciones respectivas se siguieron efectuando a dicha entidad.

4. Por lo anterior, no comparte la Sala los argumentos de la UGPP para rechazar su competencia, pues se reitera, que a la luz del artículo 6º del Decreto 3995 de 2008, es la entidad que debe dar trámite a la solicitud de la señora Sandra Milena Guzmán Zabala.

Por las razones expuestas, la Sala concluye que la UGPP es la entidad competente para estudiar y resolver de fondo la solicitud presentada por la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.

Teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la invalidez de la peticionaria, y que laboró con posterioridad, la Sala considera conveniente que la UGPP realice una nueva valoración médica con el fin de verificar los requisitos exigidos por la normativa que rige este tipo de pensiones. Lo anterior, según lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) para resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez presentada por la señora Sandra Milena Zabala Guzmán.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente de la referencia a la Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP para que continúe la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a la señora Sandra Milena Zabala Guzmán, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del municipio de Villavicencio y Secretaría de Educación del Departamento del Meta.

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

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

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

#### 4. Personería Municipal de La Pintada (Antioquia).

Asunto: Determinar la entidad competente para conocer de queja de naturaleza disciplinaria contra Inspector Municipal de Policía y Tránsito por presuntas irregularidades en el trámite de querella de policía por perturbación a la posesión.

#### Radicado 2018-00009

Fecha: 05/09/2018

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

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

#### I. ANTECEDENTES

El Personero del Municipio de La Pintada, Departamento de Antioquia, promovió conflicto negativo de competencias administrativas frente a la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), Procuraduría General de la Nación, para que se defina la autoridad que debe conocer de una queja disciplinaria presentada contra el Inspector Municipal de Policía y Tránsito del mencionado municipio. La información suministrada permite establecer los siguientes antecedentes:

- 1. El 24 de agosto de 2016 el señor John Jairo Tabares Velásquez actuando en nombre propio instauró ante el Inspector de Policía del Municipio La Pintada (Antioquia), querella policiva por perturbación a la posesión, en contra de Ángel de Jesús Villada Chalarca, y el 7 de septiembre de 2016 confirió poder amplio y suficiente al abogado Rodolfo Bohórquez Lotero con el fin de que representara sus intereses en el desarrollo de dicha querella policiva (folios 6 a 9).
- 2. El 5 de diciembre de 2016 el abogado Rodolfo Bohórquez Lotero formuló denuncia ante la Procuraduría General de la Nación en Medellín, contra Diego Alejandro Muñoz Escobar en su calidad de Inspector de Policía y Tránsito del Municipio La Pintada, Departamento de Antioquia, por unos hechos, en su criterio irregulares, que se dieron en la diligencia practicada el día 3 de diciembre de 2016 dentro de la querella policiva instaurada por el señor Tabares Velásquez (folios 3 a 5).
- 3. El 14 de diciembre de 2016 la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), resolvió remitir las diligencias a la Personería del Municipio de La Pintada, para el adelanto de las acciones disciplinarias correspondientes (folio 2).
- 4. El 24 de enero de 2017, por Resolución No. 05, la Personería del Municipio de La Pintada, considera que en el Hecho octavo de la queja suscrita por el abogado Bohórquez Lotero se evidencia que existen otros sujetos disciplinables entre quienes

se encuentra el Agente de Policía Edwin Román quien, en su criterio, participó de los hechos denunciados. Aduce que la Personería municipal de La Pintada no tiene competencia legal para investigar a ningún uniformado de la Policía Nacional pues dicha competencia recae en la Procuraduría General de la Nación (folios 29 a 31).

- 5. El 9 de febrero de 2017 la Personería Municipal del Municipio de La Pintada, Departamento de Antioquia, por medio de la Resolución No. 10, remite a la Procuraduría Provincial de Amagá la segunda queja disciplinaria que por los mismos hechos presenta el abogado Bohórquez (folio 39).
- El 28 de noviembre de 2017 la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), se manifiesta así:
  - "...teniendo en cuenta que lo expresado en las diligencias y que las mismas se relacionan con presuntas irregularidades cometidas por funcionario del orden Municipal de la localidad de la Pintada Antioquia y que considera el despacho que la queja suscrita por el señor BOHÓRQUEZ se enfoca en las irregularidades cometidas desde la Inspección Municipal y no en el acompañamiento que realiza el agente de la Policía mencionado, pues para el despacho su presencia se deriva de una orden o solicitud de la Inspección Municipal, se dará remisión nuevamente de las presentes diligencias a la Personería Municipal de esa localidad, para que asuma la competencia y dé inicio a las acciones disciplinarias correspondientes de conformidad a lo establecido en la ley 734 de 200241 CDU" (folio 40).
- 7. El 18 de diciembre de 2017, la Personería Municipal del Municipio de La Pintada, Departamento de Antioquia, radica ante la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado lo dispuesto en la Resolución No. 92 de 12 de diciembre de 2017, por la cual resuelve proponer el conflicto negativo de competencias administrativas entre la Personería Municipal de La Pintada, departamento de Antioquia, y la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia) (folios 42 a 45).

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 48).

Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), a la Personería Municipal de La Pintada (Antioquia), al doctor Rodolfo Bohórquez Lotero y al doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar, Inspector de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada, para que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente (folios 49 a 52).

<sup>41</sup> Ley 734 de 2002 (febrero 5) "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

Obra también la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que durante la fijación del edicto no se recibieron alegaciones ni consideraciones de las partes del presente conflicto (folio 53).

El 14 de marzo de 2018 el Magistrado Ponente dictó auto para mejor proveer en el cual se dispuso librar oficio por la Secretaría de la Sala al Alcalde Municipal del Municipio de La Pintada (Antioquia), con el fin de que en el término otorgado remitiera el o los actos administrativos que ordenaron la creación y establecieron las funciones de la Oficina de Control Interno Disciplinario municipal o asignaron la función de control interno disciplinario a otra dependencia; asimismo se dispuso vincular al Municipio de La Pintada (folios 54 y 55).

A folios 63 y 64 obra constancia de la Secretaria de la Sala informando que allegó escrito el doctor César Augusto Zapata Pérez, en su calidad de Alcalde Municipal de La Pintada (Antioquia), de conformidad con lo solicitado mediante auto de 14 de marzo de la presente anualidad.

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

## De la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Provincial de Amagá – Departamento de Antioquia

Aunque la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), no presentó alegatos dentro del trámite del conflicto, su posición se encuentra en los considerandos del auto proferido el 28 de noviembre de 2017, visible a folio 40, por el cual resolvió remitir la queja a la Personería del Municipio de La Pintada (Antioquia):

"... teniendo en cuenta que lo expresado en las diligencias y que las mismas se relacionan con presuntas irregularidades cometidas por funcionario del orden Municipal de la localidad de la Pintada Antioquia y que considera el despacho que la queja suscrita por el señor BOHÓRQUEZ se enfoca en las irregularidades cometidas desde la Inspección Municipal y no en el acompañamiento que realiza el agente de la Policía mencionado, pues para el despacho su presencia se deriva de una orden o solicitud de la Inspección Municipal, se dará remisión nuevamente de las presentes diligencias a la Personería Municipal de esa localidad, para que asuma la competencia y dé inicio a las acciones disciplinarias correspondientes de conformidad a lo establecido en la ley 734 de 2002 CDU".

## 2. De la Personería Municipal del Municipio de La Pintada, Departamento de Antioquia

La Personería Municipal de La Pintada, tampoco presentó alegatos pero, como se recoge en los antecedentes, consideró que podría existir responsabilidad de un uniformado de la Policía Nacional en el desarrollo de los hechos asunto de la queja, por lo cual no tendría competencia, pues las investigaciones disciplinarias contra miembros de la Policía Nacional corresponden a la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el

artículo 76, numeral 1, literal c), del Decreto Ley 262 de 2000 que modifica la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación, y se establece el régimen de competencias interno.

#### 3. De la Alcaldía del Municipio de La Pintada

El señor Alcalde Municipal del Municipio de La Pintada en el escrito de respuesta al Magistrado Ponente (folios 57 a 62 y 65 a 76) indica que el señor Diego Alejandro Muñoz Escobar es funcionario público adscrito a la planta de cargos de la Alcaldía y que desempeña el cargo de Inspector Municipal de Policía y Tránsito.

Narra que una vez la Personería Municipal recibió la queja remitida por la Procuraduría Provincial de Amagá, fue enviado el expediente de las diligencias objeto de la queja al Personero Municipal por considerarlo competente para investigar a un funcionario de la planta de cargos de la Administración municipal, que no es el Alcalde municipal.

Manifiesta que en su criterio, la Procuraduría, con fundamento en el artículo 3° de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, se desprendió de su poder preferente al remitir el expediente a la Personería municipal de La Pintada (Antioquia).

Reiteró que el Personero municipal de La Pintada bien puede adelantar el proceso de investigación disciplinaria en contra del Inspector municipal de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada (Antioquia).

#### IV. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

### a. Competencia de la Sala

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

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

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

"Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

Con base en la norma transcrita la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configura cuando (i) dos organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia (iii) para conocer de un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades: una del orden nacional, la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), y otra del orden municipal, la Personería municipal del Municipio de La Pintada (Antioquia).

El asunto dentro del cual se plantea el conflicto negativo de competencias es de naturaleza administrativa y es particular y concreto porque se refiere al trámite de una queja de naturaleza disciplinaria contra un funcionario público adscrito a la planta de personal de la Alcaldía de La Pintada (Antioquia).

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

## b. Términos legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34<sup>42</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

<sup>42</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 2°. "Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

#### 2. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 3. Problema jurídico

El conflicto se promovió con el fin de que la Sala determine la autoridad competente para adelantar la investigación disciplinaria por las actuaciones presuntamente irregulares que pudieron ocurrir en la diligencia practicada el día 3 de diciembre de 2016 por el Inspector de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada (Antioquia), dentro de una querella policiva por perturbación de la posesión; diligencia que tuvo el acompañamiento de un Agente de la Policía Nacional.

los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código, // Artículo 34: "Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Primera Parte del Código".

Para resolver el conflicto, la Sala se referirá a: (i) la potestad disciplinaria y el control disciplinario interno, el control disciplinario externo y el control disciplinario preferente; (ii) la indagación preliminar en el proceso disciplinario; (iii) la competencia disciplinaria y los factores que la determinan; (iv) la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal del Municipio de La Pintada; (v) el caso concreto.

## 4. Análisis del conflicto planteado

#### 4.1. La potestad disciplinaria del Estado

La potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos está justificada en la necesidad de garantizar que en el ejercicio de sus funciones observen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales guían la función administrativa<sup>43</sup>.

En ese contexto el control disciplinario es un presupuesto que garantiza el buen nombre y la eficiencia de la administración pública<sup>44</sup>, y el ejercicio de la función pública en beneficio de la comunidad y como protección de los derechos y libertades de los asociados<sup>45</sup>.

De acuerdo con los artículos 1<sup>46</sup> y 2<sup>47</sup> de la Ley 734 de 2002, el control disciplinario se ejerce en un nivel interno y otro externo. El primero está a cargo de las oficinas de Control Disciplinario Interno de las entidades y organismos del Estado, y el segundo está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, y de las personerías municipales.

#### 4.1.1. El control disciplinario interno

De manera reiterada ha señalado la Sala que el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 incorporó nuevamente<sup>48</sup> el deber de las entidades y organismos estatales de organizar una oficina de control interno disciplinario, con la función de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos del respectivo organismo o entidad, con los requisitos de ser "del más alto nivel" y conformada por servidores públicos que pertenezcan, como mínimo, al nivel profesional de la administración:

<sup>43 &</sup>quot;En el campo del derecho disciplinario esta finalidad se concreta en la posibilidad de regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar que en el ejercicio de sus funciones se preserven los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa, para lo cual la ley describe una serie de conductas que estima contrarias a esos cometidos, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00112-00(1787). Véase igualmente: "La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública". Artículo 16, Ley 734 de 2002.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de octubre de 2006. Radicación 11001030600020060011200(1787).

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de marzo de 2011. Radicación No. 11001030600020110000200(2046)

<sup>46 &</sup>quot;El Estado es el titular de la potestad disciplinaria".

<sup>47 &</sup>quot;Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de Control Disciplinario Interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias".

<sup>48</sup> La Ley 200 de 1995 (28 de julio), "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único", que precedió al código actualmente vigente, había ordenado en su artículo 48: "Control Disciplinario Interno. Toda entidad u organismo del Estado, excepto la Rama Judicial debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador".

"Artículo 76. Control Disciplinario Interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia"49.

Según el parágrafo segundo del mismo artículo 76, para que la oficina sea "del más alto nivel" debe conformarse con "servidores públicos mínimo del nivel profesional".

Ahora bien, el inciso tercero del artículo 76 atrás transcrito, debe destacarse de manera especial porque contiene la regla de competencia que garantiza la segunda instancia en los procesos disciplinarios, por dos vías:

La primera, dentro de la misma entidad, para lo cual asigna la competencia para la segunda instancia en el nominador.

La segunda, en la Procuraduría General de la Nación, para suplir el vacío que se presentaría si la estructura organizacional<sup>50</sup> del organismo o entidad, no permite radicarla en ninguno de los empleos. En este caso, la Ley 734 directamente ordena que sea competente el "funcionario de la Procuraduría" al que le corresponda investigar al servidor de la respectiva entidad que a su vez sea el competente – dentro de la entidad – para la primera instancia.

En pronunciamiento anterior explicó la Sala<sup>51</sup>:

"La hipótesis normativa – imposibilidad de garantizar la segunda instancia dentro de la respectiva entidad - y su solución – la competencia de la Procuraduría -, guardan evidente relación con las estructuras internas de los organismos y entidades públicos,

<sup>49</sup> La norma transcrita tiene los siguientes parágrafos: "Parágrafo 1º. La oficina de Control Disciplinario Interno de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación". / "Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración", / "Parágrafo 3º. Donde no se hayan implementado oficinas de Control Disciplinario Interno, el competente será el superior immediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél".

<sup>50</sup> http://www.enciclopediafinanciera.com "La estructura organizacional de una empresa u otro tipo de organización, es un concepto fundamentalmente jerárquico de subordinación dentro de las entidades que colaboran y contribuyen a servir a un objetivo común".

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 6 de diciembre de 2016, Radicación No. 11001030600020150020000(C), Actor: Procuraduría General de la Nación.

que son jerárquicas, así como con la categorización de los empleos públicos en niveles igualmente jerárquicos<sup>52</sup>".

Como se analizará en el punto siguiente, el Decreto Ley 262 de 2000<sup>53</sup>, que es la norma orgánica de la Procuraduría General de la Nación, fija en las procuradurías delegadas la competencia para conocer de investigaciones en las que pueden estar involucrados los servidores que por desempeñar determinados cargos del nivel directivo no tendrían segunda instancia dentro de la entidad o el organismo al cual están vinculados laboralmente.

La Sala ha advertido que en la Ley 200 de 1995<sup>54</sup> era expresa la regla de que el investigador debía ser "de igual o superior jerarquía la del investigado", no así en la Ley 734 de 2002; lo cual fue interpretado por la jurisprudencia constitucional como una variación de la concepción del control disciplinario:

"... A partir de lo expuesto, es posible concluir que la Ley 734 de 2002 ha modificado la manera tradicional como se desarrollaba el control disciplinario al interior de las distintas entidades del Estado. En efecto, con anterioridad a dicha Ley, el control interno suponía una relación jerárquica-funcional entre el sujeto disciplinable y el titular de la acción, es decir, el poder disciplinario era siempre ejercido por el superior inmediato del investigado.

Hoy en día, en respuesta a dicho sistema, el control disciplinario exige la presencia de una Oficina de Control Interno, constituida por funcionarios del más alto nivel, cuyo objeto se limita al ejercicio de funciones relacionadas con el control disciplinario al interior de cada entidad del Estado<sup>55</sup>..."<sup>56</sup>.

No obstante lo anterior, la Sala ha explicado que el criterio jerárquico no desapareció totalmente en el vigente Código Disciplinario Único, pues como también lo ha señalado la jurisprudencia constitucional:

"...el control disciplinario interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica en la que se encuentran los servidores públicos, con el objeto de mantener el orden en las diferentes entidades del Estado..."<sup>57</sup>.

<sup>&</sup>quot;Cfr. leyes y decretos leyes que establecen la estructura orgánica de las entidades y organismos nacionales – www.funcionpublica.gov.co/sisjur/home/consulta-organica.jsp Y respecto de los empleos, el Decreto ley 770 de 2005 (marzo 17) por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004"" [Esta cita es de la Decisión de diciembre 6/16 – Rad. 201500200].

<sup>53</sup> Decreto 262 de 2000 (febrero 22) "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversos situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos".

<sup>54</sup> Ley 200 de 1995, artículo 57.- "Competencia para adelantar la investigación disciplinaria. La investigación disciplinaria se adelantar á por el organismo de control interno disciplinario o por el funcionario que señale el jefe de la Entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado. La investigación se realizará de conformidad con lo previsto en este Código".

<sup>[</sup>Esta cita es de la sentencia C-095-05]: El parágrafo 2º del artículo 76 del CDU, establece lo que se entiende por Oficina del más alto nivel, en los siguientes términos: "Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración".

<sup>56</sup> Corte Constitucional Sentencia C-095/03 (11 de febrero) Expediente D-4172.

<sup>57</sup> Corte Constitucional Sentencia C-1061/03 (11 de noviembre) Expediente D-4463.

La situación de sujeción y subordinación, –propia de las estructuras verticales que caracterizan la organización de los organismos y entidades de la administración pública–, excluye por su naturaleza la posibilidad de que el inferior jerárquico ejerza la potestad disciplinaria respecto de su superior.

## 4.1.2. El control disciplinario externo

Dispone el artículo 118 de la Constitución Política:

"Artículo 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas".

Con relación a la Procuraduría General de la Nación, ha dicho la Corte Constitucional que el artículo 277, inciso 6º, de la Constitución Política de 1991<sup>58</sup>:

"... estipula, entonces, una cláusula general de competencia en cabeza de la Procuraduría General de la Nación para adelantar investigaciones disciplinarias con el propósito de ejercer la vigilancia superior que al Jefe del Ministerio Público se encomienda y, en últimas, para que él pueda cumplir el cometido básico de velar por el imperio y la efectividad del orden jurídico en todo el territorio de la República"<sup>59</sup>.

En armonía con la norma constitucional en cita, los incisos primero y segundo del artículo 3º de la Ley 734 de 2002, definen:

"Artículo 3°. Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso"<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Constitución Política, artículo 277, inciso sexto: "Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-222 de 1999. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 12 de marzo de 2014, Radicación 1100103060002014000000200.

<sup>60</sup> El inciso tercero del artículo 3º de la Ley 734, en su texto original, dijo: "La <u>Procuraduría General de la Nación y</u> el Consejo Superior de la <u>Judicatura son competentes a prevención</u> para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional". Los textos subrayados fueron declarados inexequibles en la Sentencia C-948 de 2002.

Así, el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación la faculta para adelantar actuaciones disciplinarias contra cualquier servidor público, sin consideración a su jerarquía, cuando lo considere conveniente o necesario para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que deben observarse en el ejercicio de la función pública.

Como lo ha dicho en diversas oportunidades esta Sala, el carácter preferente del poder atribuido a la Procuraduría General de la Nación, desplaza al servidor que inicia o adelanta una investigación disciplinaria, pero su ejercicio no es obligatorio ni exclusivo, pues al incluir la norma constitucional el vocablo "podrá", advierte que se trata de una atribución facultativa.

## 4.1.3. El poder preferente de las personerías distritales y municipales

Para el caso en estudio debe agregarse que de acuerdo con los artículos 3 y 69 de la Ley 734 de 2992, las personerías tienen frente a las administraciones municipales y distritales, el mismo poder preferente que la Constitución asigna al Procurador General de la Nación:

"Artículo 3º. Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario...

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente".

"Artículo 69. Oficiosidad y preferencia. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992. La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal.

..."

Por consiguiente, las personerías están legalmente facultadas para decidir si asumen o no el conocimiento de los procesos disciplinarios que deban adelantarse en virtud de quejas de la misma naturaleza contra servidores públicos de los niveles distrital o municipal, según corresponda.

# 4.2. La indagación preliminar en el proceso disciplinario

Dispone el inciso primero del artículo 66 de la Ley 734 de 2002<sup>61</sup>:

"Artículo 66. Aplicación del procedimiento. El procedimiento disciplinario establecido en la presente ley deberá aplicarse por las respectivas oficinas de control interno disciplinario, personerías municipales y distritales, la jurisdicción disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación.

*(…)*".

Al regular el "procedimiento ordinario" (Título IX), la Ley 734 inicia con la "indagación preliminar" (Capítulo Primero), como una etapa previa que tiene la finalidad de establecer si es o no procedente abrir la investigación disciplinaria. Así lo determina en su artículo 150:

"Artículo 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar<sup>62</sup>.

En los demás casos<sup>63</sup> la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses<sup>64</sup>.

Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado <del>que considere necesario de los intervinientes en los hechos investigados.</del>

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

<sup>61</sup> El inciso segundo del artículo 66 de la Ley 734/02 agrega: "El procedimiento disciplinario previsto en esta ley se aplicará en los procesos disciplinarios que se sigan en contra de los particulares disciplinables conforme a ella".

<sup>62</sup> El texto original del inciso tercero del artículo 150 era: "En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su <u>objetivo"</u>. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-036 de 2003, aclarada en su parte resolutiva por el Auto 038/03 (18 de febrero), Exp. D-4076.

<sup>63</sup> En virtud de la decisión de inexequibilidad de la cita precedente, debe entenderse que en todos los casos la duración de la indagación preliminar es de seis meses, con la excepción de las violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-181-02 (12 de marzo).

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-036-03: "Tercero: Estarse a lo resuelto en la sentencia C-892 de 1999, y, en consecuencia, se declara inexequible la expresión "que considere necesario" contenida en el artículo 150, inciso 5°, de la Ley 734 de 2002".

Parágrafo 1°. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna".

Como se desprende del texto del artículo 150, la "indagación preliminar" es una etapa opcional o eventual por cuanto procede cuando se tiene duda sobre: (i) la conducta –si ocurrió y puede constituir falta disciplinaria– (ii) el autor.

La jurisprudencia constitucional lo ha reiterado así<sup>66</sup>:

- "5. Acusación contra la expresión del artículo 153 de la Ley 734 de 2002. Los fines para la procedencia de cada una de las etapas: indagación preliminar e investigación disciplinaria.
- 5.1 El artículo 153 de la Ley 734 de 2002 establece que la investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública y la responsabilidad del investigado.
- 5.2 Para el actor, la inconstitucionalidad de este artículo radica en que las expresiones acusadas, que corresponden a los fines de la investigación disciplinaria, son semejantes a los de la indagación preliminar, como se puede ver al comparar el artículo 150 con el 153 de la misma Ley 734. Considera, entonces, que se viola el debido proceso, porque pretermite la etapa de indagación preliminar, que es garantía del principio de la presunción de inocencia, en donde se pueden presentar y controvertir pruebas, en una etapa que no es aún formal. Pide que si no se declara inexequible lo acusado, la Corte señale que es constitucional bajo el entendido de que la norma acusada no se refiere a lo que es competencia de la etapa de indagación preliminar.
- 5.3 El Ministerio Público considera que no hay tal violación, pues, recuerda que la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional. Al comparar los fines de cada etapa, se observa que responden a necesidades procesales específicas. Además, si hay un autor conocido y la certeza sobre la comisión de una falta disciplinaria, lo que procede es abrir la investigación disciplinaria y no esperar a agotar la etapa de indagación preliminar.
- 5.4 De acuerdo con lo anterior, La Corte considera que en efecto, como lo recuerda el Ministerio Público, la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible. La Corte ha señalado que: "La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por

lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor". (Sentencia C-430 de 1997). En las sentencias C-728 de 2000 y C-175 de 2001, se reiteró este concepto de la eventualidad.

...,

La indagación preliminar entonces, es la oportunidad procesal para recaudar los elementos que permitan presumir que una conducta por acción u omisión, es constitutiva de falta disciplinaria y además, identificar al también presunto autor. Como lo expresan la norma y la jurisprudencia, esa etapa no se surte cuando los hechos conocidos permiten un grado de certeza acerca de la posible comisión de una falta disciplinaria y su presunto autor y, por ende, lo pertinente es iniciar la investigación disciplinaria sin previa indagación.

Sin perjuicio de que sea eventual, la indagación preliminar es una etapa del proceso disciplinario. En consecuencia, está comprendida en el artículo 66 de la Ley 734, atrás transcrito, y cabe ser adelantada por las oficinas internas de control disciplinario o por la Procuraduría General de la Nación.

Concluida la indagación preliminar con la satisfacción de sus fines, esto es: "...verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad... (y)... la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria...", procede la apertura de la investigación disciplinaria, respecto de la cual deberá tenerse certeza sobre la autoridad competente para adelantarla.

# 4.3. La competencia disciplinaria y los factores que la determinan

El artículo 74 de la Ley 734 de 2002 establece los criterios que determinan la competencia así:

"Artículo 74. Factores que determinan la competencia. La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En los casos en que resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá este último".

A su turno, el artículo 81 ibídem define la conexidad en los siguientes términos:

"Artículo 81. Competencia por razón de la conexidad. Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso.

Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía"

La Procuraduría General de la Nación ha definido y explicado el criterio de conexidad procesal para efectos de la competencia disciplinaria, así.

"CONEXIDAD. Conceptualización sobre el tema en la Guía del proceso disciplinario.

La conexidad se presenta cuando varias faltas están ligadas entre sí por vínculos subjetivos o materiales o se conectan de alguna manera.

**CONEXIDAD SUSTANCIAL**. Requiere pluralidad de faltas disciplinarias atribuibles a una o varias personas y un hilo conductor determinante entre ellas. Se subdividen en:

**Teleológica:** Se presenta cuando el mismo sujeto incurre en varias faltas disciplinarias unidas por un nexo de medio a fin...

**Consecuencial:** se presenta cuando pretendiendo cometer una falta se incurre en otra...

**Ocasional**: cuando la comisión de una falta se presenta como la ocasión para realizar otra...

**Cronológica:** se presenta cuando en un mismo contexto de acción se varias faltas o cuando las faltas que se cometen por el mismo sujeto en diferentes contextos de acción pero con la misma finalidad...

**CONEXIDAD PROCESAL**. A diferencia de la anterior no requiere de vínculos determinantes y surge exclusivamente por razones de conveniencia o economía procesal. La doctrina ha señalado las siquientes modalidades:

**Comunidad de medio probatorio**: cuando una misma prueba permite demostrar varias faltas.

**Unidad de sujeto**: Se refiere a hechos no conexos cometidos por el mismo sujeto.

**Unidad de denuncia**: Diferentes hechos señalados dentro del texto de la queja o denuncia, atribuibles a varios sujetos..."<sup>67</sup>.

La aplicación de los mencionados criterios corresponde a la autoridad disciplinaria que adelante la indagación preliminar, para definir la continuidad o no de su competencia para la investigación disciplinaria que ha de adelantarse si los resultados de la indagación así lo determinan.

<sup>67</sup> Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria. Radicación 161-5411 IUS 2012-6965. 26/07/2012.

# 4.4 La Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal del Municipio de La Pintada

Atendiendo la solicitud del Magistrado Ponente, el señor Alcalde del Municipio de La Pintada allegó copia del Decreto No. 020 de 29 de abril de 2009, "Por medio del cual se crea La Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal de La Pintada Antioquia" (folios 61 y 62 y 71 a 73).

El artículo primero crea la Unidad de Control Interno Disciplinario adscrita al Despacho del Alcalde Municipal.

El artículo 2º relaciona las funciones de la Unidad de Control Interno Disciplinario:

- "- Conocer en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la Administración Municipal.
- Vigilar la conducta de los servidores públicos y determinar el proceso disciplinario correspondiente.
- Recibir las peticiones, quejas y reclamos que en forma verbal o escrita presenten los ciudadanos y darles el trámite respectivo.
- Informar oportunamente a la Coordinadora de Talento Humano o quien gaga sus veces sobre la imposición de sanciones a los Servidores Públicos del Municipio para su conocimiento y fines pertinentes.
- Informar a la Procuraduría la Apertura de Procesos Disciplinarios.
- Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, las leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos municipales, los estatutos, los reglamentos y los manuales de funciones.
- Las demás consagradas en la Ley 734 de 2002".

El artículo 4º integra la Unidad con el Secretario General y de Gobierno, el Secretario de Hacienda, y el Jefe del Departamento de Obras Públicas.

La organización y las funciones asignadas a la Unidad de Control Interno Disciplinario cumplen las condiciones exigidas en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, en la medida en que se conforma con servidores públicos del más alto nivel, y preserva la garantía de la doble instancia.

### 5. El caso concreto

5.1. De conformidad con los documentos remitidos a la Sala por la Personería Municipal de La Pintada (Departamento de Antioquia), el presente conflicto negativo de com-

petencias administrativas se origina porque ante la Procuraduría General de la Nación en Medellín fue presentada una queja de naturaleza disciplinaria contra el Inspector de Policía y Tránsito del mencionado municipio, doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar.

La queja hace referencia a presuntos hechos irregulares dentro del trámite de un proceso policivo por perturbación a la posesión.

Recibida la queja por la Procuraduría Provincial de Amagá (Departamento de Antioquia), esta argumentó que la competencia correspondía a la Personería Municipal de La Pintada.

A su vez, la Personería negó ser competente porque observó que dentro de la diligencia policiva obraba la presentación de un Agente de la Policía Nacional. Y devolvió las diligencias a la mencionada Procuraduría Provincial, autoridad que de nuevo manifestó que la queja estaba dirigida contra el Inspector de Policía y Tránsito, empleado del nivel municipal y que la presencia del Agente de Policía derivaba de una orden o solicitud de la Inspección de Policía.

- 5.2. De los documentos recibidos concluye la Sala que, en efecto, la queja instaurada por el apoderado de una de las partes en el proceso policivo, se dirigió contra el Inspector de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada por considerar, el quejoso, que dicho servidor municipal habría incurrido en irregularidades dentro de la práctica de una diligencia policiva correspondiente a sus competencias.
- 5.3. Por solicitud dirigida al señor Alcalde Municipal, se allegaron al expediente los documentos según los cuales:
- (i) el doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar, contra quien se dirigió la queja disciplinaria, desempeña el cargo de Inspector Municipal de Policía y Tránsito del Municipio de la Pintada, es decir, está vinculado a la planta de personal del municipio;
- (ii) en la estructura de la Alcaldía municipal está creada la Unidad de Control Interno Disciplinario, adscrita al despacho del Alcalde; y
- (iii) a la mencionada Unidad le fue asignada la función de "conocer en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la Administración Municipal".

En consecuencia, la Unidad en comento tiene la competencia para conocer de la queja instaurada por el Abogado Rodolfo Bohórquez Botero contra el señor Diego Alejandro Muñoz Escobar en su condición de Inspector Municipal de Policía y Tránsito del Municipio, y así lo declarará la Sala.

Lo anterior, sin perjuicio de que la Personería Municipal, en ejercicio del poder disciplinario preferente, previsto en los artículos 3º y 69 de la Ley 734 de 2002, opte en alguna etapa del proceso disciplinario por asumir su conocimiento.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal de La Pintada (Antioquia), para conocer de la queja disciplinaria presentada por el Abogado Rodolfo Bohórquez Botero contra el doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar en su condición de Inspector de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada, al parecer por presuntas irregularidades en el trámite administrativo de una querella de policía por perturbación a la posesión.

**SEGUNDO. ENVIAR** el expediente y copia de esta decisión, a la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Administración Municipal de La Pintada adscrita al despacho del Alcalde del Municipio de La Pintada (Antioquia).

**TERCERO. COMUNICAR** esta decisión a la Procuraduría Provincial de Amagá (Antioquia), a la Personería municipal del Municipio de La Pintada (Antioquia), al doctor Rodolfo Bohórquez Lotero, al doctor Diego Alejandro Muñoz Escobar, Inspector de Policía y Tránsito del Municipio de La Pintada y al señor Alcalde municipal de La Pintada.

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

Esta decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

## 5. Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (Aunap)

Asunto: Competencia para distribuir la cuota global de pesca para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. 2017-00010

#### Radicado 2018-00016

Fecha: 02/04/2018

Consejero Ponente: Édgar González López

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

## I. ANTECEDENTES

- El 13 de diciembre de 2017, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, en ejercicio de las facultades legales conferidas por el Decreto 1071 de 2015<sup>68</sup>, expidió la Resolución No. 000429 por la cual estableció las cuotas globales de pesca en todo el país para el año 2018 (folio 24 y ss).
- 2. El 26 de diciembre de 2017, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, en adelante la AUNAP,<sup>69</sup> expidió la Resolución No. 00002833 mediante la cual "asignó la cuota de pesca en los espacios marítimos jurisdiccionales colombianos entre los diferentes titulares de permiso para la vigencia del año 2018", y respecto al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina resolvió:
  - "C. Recursos pesqueros del departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La asignación de la cuota de pesca por permisionario70 para San Andrés, Providencia y Santa Catalina, será asignada por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la Secretaria de Agricultura y Pesca de ese Departamento, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa de esta providencia "71 (Folios 29 y ss.).
- 3. El 18 de enero de 2018, el Secretario de Agricultura y Pesca del Departamento Archipiélago le solicitó al Director de la AUNAP proferir el correspondiente acto administrativo de distribución de las cuotas globales de pesca para dicho Departamento para la vigencia 2018, o en su defecto delegar dicha función, porque de ello dependía el derecho al trabajo de los pescadores a quienes no se les han podido otorgar los permisos para desarrollar dicha actividad (folio 12).

<sup>68</sup> Decreto único reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y Desarrollo Rural. Publicado en el *Diario Oficial* 49523 del 26 de mayo de 2015.

<sup>69</sup> Entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de acuerdo con el artículo 1.2.1.1. del Decreto 1071 de 2015.

<sup>70</sup> Se denomina permisionario al titular de los permisos para la pesca, según los artículos 2.16.5.2.4.1. y 2.16.5.3.9. del Decreto 1071 de 2015.

<sup>71</sup> En sentido contrario, para la vigencia del año 2017, la AUNAP profirió la Resolución No. 00002283 del 22 de diciembre de 2016 por la cual asignó la cuota de pesca en los espacios marítimos jurisdiccionales colombianos del área del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina entre los diferentes titulares de permiso.

Ante la solicitud del Secretario de Agricultura y Pesca del Departamento Archipiélago, la AUNAP le informó que esa decisión administrativa estaba en cabeza de la Junta Departamental de Pesca y Acuicultura del Departamento Archipiélago, con base en lo señalado en la Ley 47 de 1993 y 915 de 2004, teniendo en cuenta el porcentaje destinado a la pesca artesanal, industrial y a nuevos usuarios y en atención al concepto emitido por la Oficina Jurídica de la AUNAP del 21 de diciembre de 2017 (folio 7 y 29).

4. El 22 de enero de 2018, el Director General de la AUNAP presentó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el conflicto suscitado con el Departamento Archipiélago y afirmó no ser competente para la expedición de la distribución de las cuotas pesqueras en dicho Departamento (folio 1 y 7).

### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 15).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, y al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (folios 16 y 17).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Obra constancia de la Secretaría de la Sala que durante la fijación del edicto se recibieron alegatos solamente del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, las demás entidades guardaron silencio. Sin embargo, se extraerán del expediente, los argumentos de dichas entidades con los cuales niegan competencia.

#### 3.1. La AUNAP

"Frente al caso en comento, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), acogiendo las funciones previstas por la Ley 13 de 1990, de donde se establece que es una función de esta autoridad determinar, conjuntamente con la entidad estatal competente, la magnitud de los recursos pesqueros susceptibles de extracción, incluyendo su volumen de captura y talla mínima permitidos. Y sumando a ello es obligación de las empresas pesqueras cumplir con las cuotas del producto de pesca que establezca esta Entidad para el mercado nacional.

El Comité Ejecutivo para la Pesca (CEP), reglamentado por la Resolución 267 de 2009, y dado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de donde se dispone definir conjuntamente las especies y los volúmenes susceptibles de ser aprovechados una vez definidos, por tal razón dicha discusión técnica aporta por parte de esta entidad los componentes para establecer las cuotas globales de pesca a nivel nacional, salvo para las jurisdicciones

especiales como el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quien tiene competencia especial para redistribuir la cuota global en el número de solicitantes que así lo requieran en ese territorio puntual.

Base del funcionamiento del CEP, la AUNAP acogiendo su misionalidad eminentemente técnica, presenta la sustentación y el insumo técnico para que al interior del CEP, se distribuya la cuota global en todo el territorio nacional y se reserve la distribución por permisionario en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues este Departamento mediante la Secretaría de Agricultura y Pesca desde la creación del CEP, presenta su propuesta de asignación puntual por permisionario de las cuotas globales de pesca asignadas para su Departamento, asunto que se ha distorsionado a lo largo de los años, por aquello que la AUNAP, como cabeza pesquera ha ayudado al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a gestionar y direccionar las funciones que por su naturaleza especial y absoluta son del Departamento en cabeza de su Secretaría de Pesca.

*(…)* 

Ahora bien, de esta costumbre contra legem, la cual no es fuente principal de ley, genera una discordante ejecución de funciones por parte de una y otra Entidad, por ende que la AUNAP, como cabeza del sector pesquero tiene como fin y obligación realizar la asignación de las cuotas pesqueras globales en todo el territorio nacional, salvo la distribución por permisionario en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, atendiendo la restricción constitucional y normativa mencionadas en la Ley 47 de 1993 y Ley 915 de 2004.

En este orden de ideas, es prudente manifestar que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a punto de la Ley 47 de 1993 y la Ley 915 de 2004, debe asumir las competencias específicas en materia pesquera acorde a las directrices que la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), incluso la reiterada distribución de las cuotas globales de pesca por permisionario, pero sobre todo a lo establecido en las mismas normas especiales y posteriores a la expedición de la Ley 13 de 1990". (Folios 1 y ss.).

# 3.2. El Departamento Archipiélago

"... me permito solicitar a usted se sirva informar las razones por las cuales hasta la fecha no ha sido asignada la cuota de pesca por permisionario para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas para la vigencia 2018.

Si bien es cierto, se le hizo llegar a la Jundepesca un concepto proveniente de la AUNAP, también es cierto que dicho concepto NO obliga, pero así mismo, discrepamos de dicho concepto, toda vez que en años anteriores, la potestad de distribución le fue retirada al DEPAR-TAMENTO por el entonces INPA mediante el correspondiente acto administrativo<sup>72</sup>, siendo

<sup>72</sup> El extinto INPA, mediante Resolución No. 000568 del 29 de noviembre de 1999 delegó en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina la distribución de la cuota entre los diferentes titulares del permiso (numeral 19), documento visible a folio 34. Dicha facultad fue reasumida nuevamente por el extinto INPA mediante la Resolución No. 000128 del 22 de marzo de 2002 (folios 36 y ss.).

<u>a la fecha (sic) que no existe otro acto administrativo que le delegue a la Jundepesca o al Departamento esta potestad nuevamente.</u>

Así las cosas, le solicito con el debido respeto, proferir el correspondiente acto administrativo de distribución, o en su defecto, se delegue dicha función, toda vez que, de ello depende el derecho de trabajo (sic) de los pescadores a quienes no se les ha podido otorgar permiso para desarrollar la actividad por falta del acto administrativo de distribución que debió hacerse en el mes de diciembre de 2017.

Cabe anotar que esta distribución ha sido efectuada por la AUNAP desde antaño y con fundamento en las normatividades por ella misma expuestas en los considerandos de cada acto administrativo proferido anualmente". (Folio 12). (Subrayas de la Sala).

## 3.3. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

"Sea lo primero indicar que a través del Decreto 4181 del 3 de noviembre de 2011 se crea la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) (...).

En virtud del Decreto de creación, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva, del orden nacional, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

*(…)* 

De esta forma, aunque existe un control tutelar por parte de este Ministerio sobre las entidades adscritas y vinculadas, éste se encuentra destinado solamente a asegurar y constatar que las funciones que adquieran ellas por especialidad se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, sin tener facultad legal para extender su autoridad respecto de la autonomía administrativa y presupuestal de que gozan aquellas.

Bajo las anteriores premisas, estimo que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no tiene injerencia en el conflicto administrativo de competencias que se adelanta ante esa Corporación". (Folios 19 y 20).

#### IV. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia

# a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

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

Según los antecedentes del presente asunto, se trata de un conflicto de competencias administrativas entre la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca, entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Igualmente, el conflicto versa sobre un asunto administrativo, pues se pretende determinar la autoridad competente para distribuir las cuotas globales de pesca en el Departamento Archipiélago para la vigencia 2018.

# b. Términos legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

## 2. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

# 3. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes, le corresponde a la Sala determinar cuál es la autoridad competente para distribuir las cuotas globales de pesca en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el año 2018.

Al respecto, el Departamento Archipiélago considera que, con fundamento en la ley, no es competente para efectuar la distribución de la cuota global de pesca en dicho territorio

por cuanto la función siempre ha sido desempeñada por la AUNAP, incluso desde la existencia del extinto Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura, en adelante INPA y que dicha atribución no le ha sido delegada por la máxima autoridad pesquera.

Por su parte, la AUNAP afirma que no es competente para conocer del asunto, porque el Departamento Archipiélago debe asumir las competencias específicas en materia pesquera acorde con las directrices de la AUNAP, incluso la reiterada distribución de las cuotas globales de pesca por permisionario. Manifiesta que la asistencia técnica que le brinda al Departamento Archipiélago es una costumbre que va en contra de la ley.

Por último, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expone que no tiene ninguna injerencia en el conflicto porque la AUNAP es una entidad adscrita sobre la cual recae solamente el control de tutela.

Para resolver lo anterior, la Sala estudiará: (i) las autoridades encargadas de temas pesqueros y acuícolas en Colombia; (ii) el procedimiento para establecer y distribuir la cuota global pesquera y el régimen legal pesquero vigente en Colombia y (iii) el caso concreto.

# 4. Análisis del conflicto planteado

# 4.1. Las autoridades encargadas de temas pesqueros y acuícolas en Colombia

Según lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política, "el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución".

# • El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tiene a su cargo la orientación, control y evaluación del ejercicio de las funciones de sus entidades adscritas y vinculadas, sin perjuicio de las potestades de decisión que les correspondan, así como de su participación en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, de conformidad con el artículo 1.1.1.1 del Decreto 1071 de 2015.

En el tema pesquero, el Ministerio tiene la función específica de establecer las cuotas globales de pesca que regirán cada año para todo el país (artículo 2.16.1.2.5 del Decreto 1071 de 2015), como se estudiará más adelante.

En desarrollo de dicha función, para el año 2018, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expidió la Resolución No. 000429 del 13 de diciembre de 2017<sup>73</sup>, en cuyo artículo 4° resolvió respecto al Departamento Archipiélago las siguientes:

<sup>73</sup> Resolución No. 000429 de 2017 (13 de diciembre) "Por la cual se establecen las cuotas globales de pesca de las diferentes especies bajo aprovechamiento para el año 2018".

"Artículo 4. Establécense (sic) las cuotas globales de pesca para los recursos pesqueros del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así:

Recurso o grupo de recursos	Cuota (1)
Peces de escama (pesca blanca)	895
Langosta espinosa (colas)*	150
Caracol (estado limpio)**	9***

<sup>\*</sup>Corresponde a 495 toneladas de peso entero

Para anteriores vigencias, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural profirió actos administrativos para establecer las cuotas <u>anuales</u> globales de pesca de las diferentes especies, en las cuales contempló las del Departamento Archipiélago, así:

- Resolución No. 000438 de 2014 para la vigencia 2015;
- Resolución No. 000393 de 2015 para la vigencia 2016;
- Resolución No. 000222 de 2016 para la vigencia 2017<sup>74</sup>.
  - La Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (Aunap)

De otra parte, mediante el Decreto 4181 del 3 de noviembre de 2011<sup>75</sup>, se creó la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural<sup>76</sup>.

El artículo 3 del Decreto No. 4181 del 2011 estableció como uno de los objetivos institucionales de la AUNAP "ejercer la autoridad pesquera y acuícola de Colombia, para lo cual adelantará los procesos de planificación, investigación, ordenamiento, fomento, regulación, registro, información, inspección, vigilancia y control de las actividades de pesca y acuicultura aplicando las sanciones a que haya lugar, dentro de una política de fomento y desarrollo sostenible de estos recursos", lo cual se encuentra acorde a lo estipulado en el artículo 1° de la Ley 13 de 1990 – Estatuto General de Pesca.

<sup>\*\*</sup>Estado limpio: filete de caracol con opérculo (uña)

<sup>\*\*\*</sup>Con un margen de captura de 1 tonelada por encima de la cuota aprobada como estrategia para facilitar el control de dicha cuota"

<sup>74</sup> Fuente: www.minagricultura.gov.co

<sup>75</sup> Por el cual se escinden unas funciones del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y se crea la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP).

<sup>76</sup> Según el Decreto único del sector agricultura No. 1071 de 2015, la AUNAP es una entidad adscrita al Ministerio de Agricultura: "Sector Descentralizado. Título 1. Entidades Adscritas:

Artículo 1.2.1.1. Entidades adscritas con personería jurídica. Son entidades adscritas al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con personería jurídica, las siquientes:

<sup>1.</sup> Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

<sup>2.</sup> Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

<sup>3.</sup> Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

<sup>4.</sup> Unidad Administrativa Especial Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (Aunap)". (Subrayas de la Sala).

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 5° del Decreto No. 4181 del 2011, corresponde a la AUNAP "fijar y recaudar el monto de las tasas y derechos, multas que deben cobrarse por concepto de las autorizaciones para el ejercicio de las actividades pesqueras y de acuicultura".

El artículo 16 del Decreto No. 4181 de 2011 atribuyó, entre otras, la siguiente función a la Dirección Técnica de Inspección y Vigilancia de la AUNAP:

"Son funciones de la Dirección Técnica de Inspección y Vigilancia, las siguientes:

*(…)* 

3. <u>Elaborar las propuestas de cuotas globales de pesca, a ser fijadas de acuerdo con la normatividad vigente". (Subraya la Sala).</u>

En concordancia con la norma de creación de esta entidad, el artículo 2.16.1.1.2 del Decreto 1071 de 2015 estipuló expresamente que la administración y manejo de los recursos pesqueros de que trata el artículo 7 de la Ley 13 de 1990 corresponde a la AUNAP, constituyéndose en la máxima autoridad del sector pesquero en Colombia.

 La Junta Departamental de Pesca y Acuicultura del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La Ley 47 de 1993<sup>77/78</sup> creó la Junta Departamental de Pesca y Acuicultura del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en los siguientes términos:

**"Artículo 33. Junta Departamental de Pesca y Acuicultura.** Créase la Junta Departamental de Pesca y Acuicultura, previa la delegación de las funciones del INPA en el Departamento Archipiélago.

La Junta estará integrada por el Gobernador del Departamento Archipiélago, quien la presidirá; el Secretario de Agricultura y Pesca Departamental, el Director de la Oficina para la Protección de los Recursos Naturales y Ambientales del Departamento, un representante de los Pescadores Artesanales del Archipiélago y un delegado del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura.

Artículo 34. Funciones de la Junta. La Junta estará encargada de otorgar autorizaciones, permisos, patentes, concesiones y salvoconductos para el ejercicio de la acuicultura y para la investigación, extracción y comercialización de los recursos naturales del mar limítrofe con el Departamento Archipiélago, con sujeción a los

<sup>77</sup> Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

<sup>78</sup> Art. 38 de la Ley 1454 de 2011: Las disposiciones contenidas en las Leyes 47 de 1993, "por la cual se dictan normas especiales para la organización y funcionamiento del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina" y 915 de 2004, "por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Social y Económico del departamento Archipiélago de An Andrés, Providencia y Santa Catalina" continuarán vigentes. Los aspectos relativos al régimen político administrativo del departamento Archipiélago serán desarrollados de conformidad con lo señalado en el artículo 310 de la C. P. Nota: Se exceptúa de la nota de vigencia el art. 23 de la Ley 47 de 1993 por derogatoria expresa del art. 118 de la Ley 99 de 1993.

<u>requisitos exigidos al efecto por el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA)</u> y por los que establezca la ley. (Subraya de la Sala).

**Artículo 35. Ejercicio de la pesca y la acuicultura.** Ninguna persona podrá realizar el ejercicio de la acuicultura o investigaciones, extracciones y comercializaciones de los recursos del mar limítrofe con el departamento, sin el permiso previo otorgado por la Junta de que trata el artículo anterior.

Las personas que incumplan la disposición contemplada en este artículo deberán pagar multas de hasta 200 salarios mínimos legales mensuales y restituir lo obtenido.

Parágrafo. Exceptuando del cumplimiento del requisito contemplado en esta disposición, los pescadores artesanales y de mera subsistencia residentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. (...)".

En el año 2004 se expidió el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago mediante la Ley 915 de 2004, destacándose los siguientes artículos para efectos del conflicto en estudio:

"Artículo 24. Actividad pesquera. La actividad pesquera en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá por las normas contenidas en la Ley 47 de 1993, por las disposiciones que a continuación se dictan y por las demás leyes en aquello que no le sean contrarias.

 $(\ldots)$ 

Artículo 27. La Junta Departamental de Pesca y Acuicultura creada por el artículo 33 de la Ley 47 de 1993, estará integrada así:

El Gobernador del Departamento Archipiélago, quien la presidirá; el Secretario de Agricultura y Pesca Departamental; el Director de Coralina; un Representante de los pescadores artesanales de San Andrés Islas y un Representante de los pescadores artesanales de Providencia y Santa Catalina Islas; un Representante de la Industria Pesquera del departamento; un Representante de las entidades académicas del departamento; un Representante de la Dimar y un Representante del Incoder (Subgerencia de Pesca y Acuicultura). Esta Junta se dictará su propio reglamento.

Artículo 28. Esta Junta a partir de la vigencia de la presente ley asumirá directamente las funciones que la ley le otorgó mediante el artículo 34 de la Ley 47 de 1993, sin ningún requisito previo.

Parágrafo. El Secretario de agricultura y pesca departamental hará las veces de Secretario Técnico de la Junta".

El capítulo V de la Ley 915 de 2004 contempla competencias específicas del Departamento Archipiélago en materia pesquera pero no le asigna la de distribución de las cuotas globales de pesca.

# El extinto Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA)

Resulta relevante hacer mención al extinto INPA, entidad que estuvo adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con la finalidad de entender la evolución normativa que rige el sector agricultura y los antecedentes expuestos por las entidades en conflicto, teniendo en cuenta que en materia pesquera hay normas vigentes que hacen mención al extinto INPA.

A esta entidad le fue encomendada por el artículo 2° del Decreto 2256 de 1991 "la administración y manejo de los recursos pesqueros de que trata el artículo 7° de la Ley 13 de 1990, de conformidad con la política pesquera nacional y el Plan Nacional de Desarrollo Pesquero". La administración de la totalidad de los recursos pesqueros marinos estaba exclusivamente a cargo del INPA, con el fin de asegurar su manejo integral.

Posteriormente el Gobierno nacional dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública<sup>79</sup>, ordenó la supresión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT), del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural (DRI) y del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA), y decidió crear una entidad de Desarrollo Agropecuario y Rural que cumpliera con los objetivos de las entidades suprimidas. En consecuencia, mediante Decreto 1300 de 2003 creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)80/81, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad que asumió las funciones de las entidades en mención. El Incoder fue suprimido años más tarde mediante el Decreto 2365 de 2015.

# 4.2. Procedimiento para establecer y distribuir la cuota global pesquera. El régimen legal pesquero vigente en Colombia

Desde la expedición de la Ley 13 de 1990 – Estatuto General de Pesca – se estipuló que el derecho a explotar la actividad pesquera debía estar acompañado del pago de una retribución económica; el artículo 48 dispuso:

"Artículo 48. <u>El ejercicio de la actividad pesquera estará sujeto al pago de tasas y derechos.</u> Para la fijación del valor de las tasas y derechos, el INPA deberá considerar:

1. La clase de pesquería, en concordancia con lo previsto en el artículo 8° de la presente ley.

<sup>79</sup> El Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) ha coordinado los procesos de reestructuración administrativa de la Rama Ejecutiva del orden nacional desde el año 2002.

<sup>80</sup> Reorganizado por los Decretos 3759 de 2009 y 2623 de 2012.

<sup>81</sup> La Aunap y el Incoder continuaron subsistiendo y ejerciendo sus funciones hasta la liquidación de este último. Así, el parágrafo del artículo 3º del Decreto 4181 de 2011 determinó que "el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) continuará ejerciendo sus competencias relacionadas con el fomento de la pesca artesanal y acuicultura de recursos limitados dentro de sus programas de desarrollo rural integral".

- 2. El valor del producto pesquero, teniendo en cuenta la especie de que se trate.
- 3. <u>La cuota de pesca, de acuerdo con el volumen del recurso.</u>
- 4. El tipo de embarcación que se utilice, en consideración a su tonelaje de registro neto.
- 5. El destino de los productos pesqueros, ya sea para el consumo interno o para la exportación.
- 6. El costo de la administración de la actividad pesquera". (Subrayas no originales en el texto).

Para el efecto, el mismo Estatuto de Pesca contempló que sería el INPA, hoy la AUNAP, el encargado de fijar las respectivas cuantías y la manera de recaudarlas:

"Artículo 49: El Gobierno nacional, mediante reglamento que para el efecto expida en desarrollo de la presente ley, establecerá los conceptos que den lugar a la aplicación de las tasas y derechos. El INPA, por conducto de su Junta Directiva, determinará las respectivas cuantías de conformidad con lo previsto en él [Artículo 6 de la presente ley] y la forma de su recaudo, en concordancia con la política establecida al respecto por el Ministerio de Agricultura".

Por su parte, el artículo 2.16.1.2.1 ibídem, creó el Comité Ejecutivo para la Pesca:

"Artículo 2.16.1.2.1. Comité Ejecutivo para la Pesca. Con el fin de definir las especies, los volúmenes susceptibles de ser aprovechados y las tallas mínimas permisibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 13 de 1990, créase el Comité Ejecutivo para la Pesca, integrado por el Director de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, quien lo preside, el Director de Bosques Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o su delegado, el Director de la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (Aunap) o su delegado. El Comité se dará su propio reglamento, el cual debe ser aprobado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural".

Como se puede observar, la función del Comité Ejecutivo para la Pesca tiene relevancia, pues presenta las propuestas ante el Ministerio de Agricultura para que el Ministro establezca, con criterio técnico, las cuotas globales de pesca.

Las competencias para cumplir con (i) el establecimiento de la cuota global de pesca y (ii) la distribución de la cuota, fueron asignadas a entidades administrativas distintas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.16.1.2.5. y 2.16.1.2.6 del Decreto 1071 de 2015 respectivamente. Así: el establecimiento de la cuota le corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la distribución de la misma a la AUNAP.

Por lo anterior, la competencia para <u>establecer</u> las cuotas globales de pesca radica, desde la vigencia del artículo 9<sup>82</sup> del Decreto 2256 de 1991<sup>83</sup> y a la fecha, en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, según lo estipula el Decreto 1071 de 2015:

"Artículo 2.16.1.2.5. Cuotas globales de pesca. Con base en las propuestas del Comité Ejecutivo para la Pesca, que constarán en actas suscritas por los participantes producto de las reuniones descritas en el artículo 2.16.1.2.2. del presente decreto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, expedirá la Resolución donde se establecerán las cuotas globales de pesca de las diferentes especies que regirán durante el año siguiente. Dicho acto administrativo deberá ser expedido dentro del mes siguiente a la reunión del Comité Ejecutivo para la pesca. Salvo lo dispuesto en los tratados internacionales que suscriba el Gobierno nacional, los volúmenes de captura de atunes y especies afines extraídas por embarcaciones que operen fuera de las aguas jurisdiccionales colombianas, contratadas por empresas nacionales, no se computarán dentro de las cuotas". (Subraya la Sala).

Una vez establecidas las cuotas globales de pesca por parte del Ministerio, la entidad competente para efectuar la <u>distribución</u> de las cuotas de pesca es la AUNAP, de conformidad con el artículo 2.16.1.2.6 del Decreto 1071 de 2015:

"Artículo 2.16.1.2.6. Distribución de la cuota global de pesca. La AUNAP, mediante acto administrativo, distribuirá a más tardar el diez (10) de septiembre de cada año la cuota global de pesca establecida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, señalando el porcentaje de la misma que se destinará a la pesca artesanal, a la pesca industrial y a una reserva con destino a nuevos usuarios, cuando la magnitud del recurso lo permita.

Artículo 2.16.1.2.7. Proyecto de distribución de la cuota de pesca. La AUNAP, con base en los porcentajes establecidos por el Ministerio Agricultura y Desarrollo Rural elaborará un proyecto de distribución de la cuota de pesca entre los diferentes titulares de permiso. Para la elaboración del proyecto, la AUNAP tomará en consideración lo siguiente: (...) Aprobado por el Consejo Técnico Asesor el proyecto de distribución, el Director General de la AUNAP, antes del 30 de octubre de cada año expedirá el acto administrativo de asignación de cuotas, el cual será publicado en el Diario Oficial y comunicado a los interesados". (Subraya la Sala).

#### 5. Caso concreto

Con base en los antecedentes expuestos y la normativa vigente en materia pesquera, la Sala procederá a dirimir el conflicto planteado. Resulta relevante hacer claridad que solamente existe controversia entre las entidades respecto a la distribución de la cuota para la vigencia 2018.

<sup>\*</sup>Artículo 9°. Con base en las propuestas del Comité Ejecutivo para la Pesca, que constarán en actas suscritas por los participantes, el Ministerio de Agricultura expedirá, antes del primero (1) de septiembre de cada año, el acto administrativo mediante el cual se establecen las cuotas globales de pesca para las diferentes especies, que regirán en el año siguiente.

Salvo lo dispuesto en los tratados internacionales que suscriba el Gobierno Nacional, los volúmenes de capturas de atunes y especies afines extraídas por embarcaciones que operen fuera de las aguas jurisdiccionales colombianas, contratadas por empresas nacionales, no se computarán dentro de las cuotas establecidas.

<sup>83</sup> Derogado por el Decreto 1071 de 2015.

La Sala concluye que la autoridad competente es la AUNAP para atender la solicitud del Departamento Archipiélago respecto a la distribución de la cuota global de pesca para el año 2018 con fundamento en los siguientes argumentos:

- (i) La AUNAP es la entidad que administra y maneja los recursos pesqueros en todo el país (art. 2.16.1.12 del Decreto 1071 de 2015). Por lo tanto, de conformidad con el artículo 2.16.1.2.6 del mismo Decreto, es la autoridad competente para distribuir la cuota global de pesca.
- (ii) El 22 de diciembre de 2016, la AUNAP, mediante Resolución No. 0002283 de 2016, asignó la cuota de pesca en los espacios marítimos jurisdiccionales colombianos del área del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina entre los diferentes titulares de permiso para la <u>vigencia del año 2017</u>, situación que no fue informada a la Sala por las entidades en conflicto y de la cual tuvo conocimiento al hacer el respectivo estudio. Por lo tanto, la AUNAP sí ha ejercido la competencia para la distribución de la cuota global en años anteriores con respecto al Departamento Archipiélago.
- (iii) Como lo menciona la AUNAP en el escrito a través del cual planteó el conflicto a la Sala (folio 1 y ss), existe la costumbre de apoyar técnicamente al Departamento Archipiélago en temas pesqueros. En consecuencia, la Sala no encuentra soporte legal de la manifestación hecha por la AUNAP cuando afirma que el apoyo técnico que le brinda al Departamento Archipiélago es una "costumbre contra legem", porque lo cierto es que existe un fundamento legal actualmente vigente en cabeza de la AUNAP para la distribución de la cuota pesquera en todo el país. Por lo tanto, no es una costumbre en contra de la ley, sino una función legal atribuida a dicha entidad.
- (iv) El artículo 33 de la Ley 47 de 1993 creó la Junta Departamental de Pesca y Acuicultura del Departamento Archipiélago<sup>84</sup> en los siguientes términos:

"Artículo 33. Junta Departamental de Pesca y Acuicultura. Créase la Junta Departamental de Pesca y Acuicultura, previa la delegación de las funciones del INPA en el Departamento Archipiélago. (...)"

Según la información aportada al expediente, no existe acto administrativo de delegación al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de la función de distribución de la cuota global de pesca atribuida expresamente por ley a la AUNAP. Además así lo manifestó el Departamento Archipiélago en su escrito visible a folio 12 del expediente<sup>85</sup>.

Ahora bien, las funciones de la Junta Departamental fueron taxativamente señaladas en el artículo 34 de la Ley 47 de 1993, las cuales consisten en: "otorgar autorizaciones, permisos, patentes, concesiones y salvoconductos para el ejercicio de la agricultura y para la investigación, extracción y comercialización de los recursos naturales del mar limítrofe con

El extinto INPA, mediante Resolución No. 000568 del 29 de noviembre de 1999 delegó en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina la distribución de la cuota entre los diferentes titulares del permiso (numeral 19), documento visible a folio 34. Dicha facultad fue reasumida nuevamente por el extinto INPA mediante la Resolución No. 000128 del 22 de marzo de 2002 (folios 36 y ss.).

<sup>85 &</sup>quot;(...) en años anteriores, la potestad de distribución le fue retirada al departamento por el entonces INPA mediante el correspondiente acto administrativo, siendo a la fecha (sic) que no existe otro acto administrativo que le delegue a la Jundepesca o al Departamento esta potestad nuevamente".

el Departamento Archipiélago, con sujeción a los requisitos exigidos al efecto por el Instituto Nacional de Pesca y Agricultura, INPA, y por los que establezca la Ley".

Es necesario mencionar que, contrario a la manifestación que hizo la AUNAP en su escrito presentado a la Sala, dentro de las funciones transcritas no se incluyó la de distribuir cuotas globales de pesca.

(v) El artículo 2.16.1.2.5 y siguientes del Decreto 1071 de 2015, que contempló el procedimiento para establecer y distribuir las cuotas globales de pesca, <u>no estableció salvedad alguna respecto al Departamento Archipiélago.</u>

Por lo tanto, la AUNAP tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, según lo prescribe el artículo 2.16.2.2. del pluricitado Decreto 1071 de 2015, sin hacer exclusiones.

Por todo lo anterior, la AUNAP es la autoridad competente para efectuar la distribución de las cuotas globales de pesca para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con fundamento en la normatividad citada y en la Resolución No. 000429 del 13 de diciembre de 2017 expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por la cual se establecen las cuotas globales de pesca de las diferentes especies para el año 2018.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Unidad Administrativa Especial Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) para distribuir las cuotas globales de pesca para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina del año 2018.

**SEGUNDO. ENVIAR** el expediente de la referencia a la Unidad Administrativa Especial Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP) para lo de su competencia.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP).

**CUARTO.** Los Términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 6. Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia).

Asunto: Procesos disciplinarios contra empleados de la Rama Judicial son competencia de la Rama Judicial. El superior administrativo o jerárquico en la Rama Judicial es el nominador y es el competente para resolver asuntos de naturaleza administrativa disciplinaria. Reiteración de Jurisprudencia. Radicado 2016-00216

#### Radicado 2018-00020

Fecha: 24/10/2018

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

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

#### I. ANTECEDENTES

- Mediante decisión del 21 de marzo de 2014 el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), declaró disciplinariamente responsable al señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra, asistente social grado 1 de ese despacho judicial y le impuso sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos meses (folios 140 a 147 del expediente disciplinario 2012 - 00001).
- 2. El 28 de marzo de 2014 el apoderado del disciplinado interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior y, por auto de 31 de marzo de 2014, fue concedido en efecto suspensivo para ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial (folios 149 a 157 y 158 del expediente disciplinario 2012 00001).
- 3. El 30 de abril de 2014 la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial profirió decisión en el Radicado IUS-2014-122055 en la cual sostuvo no ser competente para conocer del recurso de apelación, resolvió remitir las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y dejó propuesto el conflicto negativo de competencias administrativas ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en caso de no ser aceptado el conocimiento por dicho tribunal (folios 160 a 163 del expediente disciplinario 2012-00001).
- 4. En auto del 8 de julio de 2015 la Presidencia del Tribunal Superior de Medellín, manifestó (folio 170 del expediente disciplinario 2012-00001-00):
  - "... El Consejo de Estado en reiteradas decisiones ha definido que la competencia para conocer de las segundas instancias en los procesos disciplinarios adelantados frente a los empleados judiciales, corresponde al nominador de quien emite el pronunciamiento como superior jerárquico.

Para el caso concreto se tiene que la providencia impugnada fue emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Ant.), despacho judicial adscrito al Tribunal Superior de Antioquia. En consecuencia, al ser dicha corporación la nominadora se dispondrá la remisión de las presentes diligencias para lo de su competencia, advirtiendo que fue propuesto conflicto negativo de competencias por parte de la Procuraduría General de la Nación".

- 5 La Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia mediante providencia del 27 de abril de 2016 (folios 42 a 46 del expediente disciplinario 2012 0000100) resolvió proponer el conflicto negativo de competencia frente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, y decidió remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaría, a fin de que se desatara la colisión negativa de competencia.
- 6. En pronunciamiento calendado el 16 de agosto de 2017 (folios 5 a 19 cuaderno de esta Sala), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria invocó los artículos 256, numeral 6, de la Constitución Política y 112, numeral 2, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia conforme a los cuales dicha Sala conoce de los conflictos originados entre diferentes jurisdicciones o entre estas y autoridades administrativas con atribuciones jurisdiccionales; y explicó con fundamento en la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, no ejerce funciones jurisdiccionales para efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto.

La autoridad manifestó que al carecer de competencia para resolver de fondo el conflicto, no podía tampoco "enviar las diligencias a una jurisdicción a la que no le corresponde el trámite de las mismas" y resolvió devolverlas al juzgado de origen (Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, Antioquía) para que este las remitiera "al operador judicial capacitado por la ley para resolver el recurso de apelación...".

7. En decisión del 15 de diciembre de 2017 el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), consideró que la autoridad competente para resolver el recurso de apelación era el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia de acuerdo con la línea jurisprudencial de esta Sala de Consulta y Servicio Civil, y que existía la orden de remitir las diligencias al funcionario judicial competente para resolver la apelación, pero concluyó que dicha orden resultaba imposible de cumplir por continuar pendiente el conflicto de competencias entre el mencionado tribunal se Antioquia y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia.

En consecuencia, resolvió remitir las diligencias a la Sala de Consulta y Servicio Civil para la decisión sobre el conflicto negativo de competencia (folios 23 a 25 del cuaderno de esta Sala).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 28 Cuaderno Sala).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto al Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación, al Tribunal Superior de Antioquia y al señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra (folio 29 Cuaderno Sala).

De acuerdo con los informes de la Secretaría de la Sala, dentro del término legal el señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra allegó alegato (folio 32 Cuaderno Sala).

## III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

# 1. Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial no presentó alegaciones, en los considerandos del auto de 30 de abril de 2014 sostuvo no ser competente para resolver la apelación, pues si bien en épocas anteriores conoció en segunda instancia de algunos fallos disciplinarios proferidos por los Jueces en contra de los empleados de sus despachos, lo hizo en observancia de la "doctrina" para entonces vigente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Como dicha doctrina fue modificada a partir del pronunciamiento de fecha 13 de agosto de 2013<sup>86</sup>, en la cual la Sala señaló que "la función disciplinaria respecto de los empleados de la Rama Judicial se ejerce al interior de la propia jurisdicción", la Procuraduría General de la Nación adoptó el mismo criterio y solamente interviene en ejercicio del poder preferente, el cual no se estima pertinente en el caso presente.

# 2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia

En los considerandos del auto interlocutorio del 27 de abril de 2016 la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, con salvamentos de voto, sustentó su falta de competencia en la providencia calendada el 9 de diciembre de 2004<sup>87</sup>, de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual dentro de la Rama Judicial no existe superior administrativo, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, las corporaciones judiciales tienen autonomía en la designación y manejo de sus empleados y por tanto el grado de subordinación solo se da en sentido funcional como máximo Tribunal de la jurisdicción respectiva, mas no en el campo de los asuntos administrativos en el que se encuentran los procesos disciplinarios.

<sup>86</sup> Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 110010306000201300207, Decisión del 13 de agosto de 2013

 $<sup>87 \</sup>qquad \text{Corte Suprema de Justicia. Expediente No.\,11001023000820040000100, Auto de 9 de diciembre de 2004.}$ 

Agregó que en dicho pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la interpretación correcta del artículo 76 de la Ley 734 de 2002<sup>88</sup> es que cuando se refiere al nominador, la norma habla del disciplinado; por manera que si en primera instancia el empleado no es disciplinado por su nominador, entonces corresponde a este último conocer en segunda instancia y que cuando confluye en un mismo funcionario la calidad de nominador con la del fallador de primera instancia, la segunda instancia le compete a la Procuraduría General de la Nación.

Refirió el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación dentro del radicado No. 83759-05 (253) en el que esa entidad sostuvo que:

"En el caso que nos ocupa, donde la primera instancia fue adelantada por el nominador (Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá), le corresponde conocer el recurso de alzada a la Procuraduría General de la Nación **–por no tener aquel superior jerárquico-...**" (Negrillas originales).

Indicó finalmente que la competencia para conocer del recurso de apelación promovido dentro de la investigación disciplinaría adelantada por el Juzgado de Familia de Urrao contra Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra recae en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial que en efecto ya había asumido el conocimiento del asunto en segunda instancia por virtud de lo cual decretó la nulidad de la sentencia inicialmente proferida; pero considerando que esta última repelió dicho conocimiento por previdencia del 30 de abril de 2014, se ha de promover colisión negativa de competencia para que sea resuelta por la Sala Jurisdiccional Disciplinaría del Consejo Superior de la Judicatura.

## 3. El inculpado Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra

El inculpado manifestó que han transcurrido más de seis años sin que se resuelva de fondo la actuación disciplinaria, lo cual considera inconcebible, a más de las presiones de tipo psicológico que tal indefinición le ha generado.

<sup>88</sup> Ley 734 de 2002 (febrero 5) "por la cual se expide el Código Disciplinario Único". Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerda a sus competencias, Jurisprudencia: Este inciso corresponde en similar sentido al Artículo 48 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia C-996-01./ En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados./En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia/.Parágrafo 1º. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalia General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación./Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración./Parágrafo 3º. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel".

## IV. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia

## a. Competencia de la Sala

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

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

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

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

Con base en la norma transcrita la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configura cuando (i) dos organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia (iii) para conocer de un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa

Como se evidencia en los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de una parte y de otra, la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, son ambas autoridades nacionales.

Ahora bien, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, pues se trata de un proceso disciplinario adelantado por el Juez Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), contra Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra, asistente social grado 01 del mismo juzgado con el objeto de determinar cuál es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo sancionatorio de primera instancia.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el conflicto.

# b. Términos legales

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

"Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán"

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2° y 3489 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

# 2. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo

<sup>89</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 2º. "Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estada y a los partículares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les daró el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán al procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativos se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán la sdisposiciones de esta Primera Parte del Código".

en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 3. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala determinar cuál es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación interpuesto, a través de apoderado, por el señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra, asistente social grado 01 del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), contra el fallo sancionatorio proferido en su contra por la Juez titular del despacho judicial.

La Sala reitera el criterio expuesto a partir de la decisión del 13 de agosto de 2013<sup>90</sup>, en el sentido de que la Rama Judicial cuenta con la estructura para conocer de los procesos disciplinarios contra sus funcionarios y empleados, sin perjuicio del poder prevalente de la Procuraduría General de la Nación.

## 4. Análisis del conflicto planteado

En la decisión del 13 de agosto de 2013, esta Sala sustentó la facultad disciplinaria respecto de los empleados judiciales en el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 115. Competencia de otras corporaciones, funcionarios y empleados judiciales. Corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario, conforme al procedimiento que se establezca en leyes especiales.

En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un empleado en un caso concreto desplaza al superior jerárquico.

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 13 de agosto de 2013, Radicación No. 11001030600020130020700. Conflicto de competencias entre la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Regional de Boyacá. Autoridad competente para resolver recusación contra Juez Promiscuo Municipal de La Uvita (Boyacá), en proceso disciplinario adelantado contra la Secretaria del juzgado.

Las decisiones que se adopten podrán ser impugnadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento de la vía gubernativa, en cuyo evento los respectivos recursos se tramitarán conforme con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo"

Se dijo entonces y se ha reiterado<sup>91</sup> que esa disposición:

"... establece expresamente que la competencia disciplinaria se ejerce por la corporación, funcionario o empleado que tenga la calidad de superior jerárquico del investigado. La intervención de la Procuraduría General de la Nación en relación con los procesos disciplinarios de los empleados de la rama judicial es excepcional y sólo está prevista para los casos en que el Procurador General de la Nación ejerce la competencia prevalente que le otorga la Constitución Política, hipótesis en la cual simplemente desplaza al superior jerárquico".

En la decisión del 11 de marzo de 2015<sup>92</sup>, esta Sala explicó más ampliamente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la misma Ley 270 de 1996, dentro de la Rama Judicial existe superior jerárquico tanto en el plano jurisdiccional o funcional como en el administrativo, toda vez que dicho artículo precisamente advierte sobre la autonomía e independencia con que cuentan los funcionarios judiciales al disponer que: "ningún *superior administrativo* o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que debe adoptar en sus providencias" (subraya la Sala en esta oportunidad). En esa oportunidad dijo la Sala:

"Es criterio reiterado de la Sala que la autonomía constitucional de la Rama Judicial se refiere tanto al ejercicio de su función de administrar justicia como a su organización interna y a la gestión de sus recursos. Sobre este último ámbito, el pronunciamiento del 25 de agosto de 2014 atrás citado se refirió in extenso a las disposiciones de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en las cuales se regulan las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura y las de las demás corporaciones y órganos colegiados y unitarios que integran la Rama Judicial.

Recordó la Sala que en la decisión del 13 de agosto de 2013<sup>93</sup>, explicó la organización jerarquizada de la Rama Judicial, acorde con las disposiciones constitucionales y el artículo 11 de la citada Ley 270<sup>94</sup>; y se refirió a las "dos categorías de superioridad"

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones en las radicaciones Nos. 11001030600020140026300, 11001030600020150006500, 110010306000201400017900.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 110010306000201400017900 11/03/2015 Conflicto entre la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Plena

<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, agosto 13 de 2013, Rad. Nº 11001-03-06-000-2013-000207-00.

<sup>94</sup> L. 270/96, Art. 11. Modificado por el Art. 4, Ley 1285 de 2009: "La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: l. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. 3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;/ b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: 1. Consejo de Estado 2. Tribunales Administrativos 3. Juzgados Administrativos / c) De la Jurisdicción Constitucional: 1. Corte Constitucional; / d) De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz. / 2. La Fiscalía General de la Nación/3. El Consejo Superior de la Judicatura, Parágrafo 1º. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas a nivel municipal y local./Los jueces de descongestión tendrán la competencia territorial y material específica que se les señale en el acto de su creación. / Parágrafo 2º. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. / Parágrafo 3º. En cada municipio funcionará al menos un Juzgado cualquiera que sea su categoría. / Parágrafo 4º. En las ciudades se podrán organizar los despachos judiciales en forma desconcentrada".

jerárquica" que se predican de los funcionarios judiciales, en los términos del inciso segundo del artículo 5ª de la mencionada Ley 270:

"Artículo 5º. Autonomía e independencia de la Rama Judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

"Ningún **superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional** podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un **funcionario judicial** para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias". (Se resalta).

Disposición de la cual infirió la Sala que "no es lo mismo un superior en el orden jurisdiccional que un superior en el orden administrativo, aunque con frecuencia tales calidades confluyan en un mismo servidor o en una misma corporación de la Rama Judicial..." A lo cual agregó:

"Esta distinción la confirma también el hecho de que en el campo administrativo o gubernativo de la Rama Judicial existen órganos, dependencias y empleados que carecen de la facultad de administrar justicia. Allí se ubican, por ejemplo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con sus respectivas dependencias, seccionales y empleados.

Tales órganos y empleados pueden ser superiores de empleados y funcionarios judiciales, aunque no laboren en sus mismas dependencias, para ciertos asuntos o tareas administrativas específicas, como en lo referente a la carrera judicial, o a la definición de los horarios y condiciones físicas y operativas para la prestación del servicio al público, entre otros, sin que tengan sobre dichos empleados y funcionarios, en el desempeño de sus deberes jurisdiccionales, facultades de control, revisión, tutela, supervisión o alguna otra que denote superioridad jerárquica en el ámbito funcional".

La decisión de agosto de 2013, en comento, enlistó las disposiciones que en la Ley 270 de 1996 regulan trámites administrativos internos y expresó:

"c. Conclusiones. Como se deduce de las normas citadas, la ley prevé que tanto los empleados como los funcionarios judiciales, es decir, los jueces, magistrados y fiscales, tengan superiores en el plano funcional y también en el campo administrativo, calidades que algunas veces coinciden y otras no en las mismas personas o corporaciones.

El análisis de las mismas normas permite inferir, igualmente, que los superiores administrativos o "jerárquicos" de los jueces y magistrados son <u>sus respectivos nominadores, por regla general</u>, pues a estos compete la mayor parte de funciones administrativas y las más importantes en relación con aquellos, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos, la ley señala otros superiores administrativos...". (La subraya es del original).

Los apartes trascritos permiten concluir que cuando en la Rama Judicial se habla de superior administrativo o jerárquico para resolver asuntos administrativos en segunda instancia, como son los procesos disciplinarios, se hace referencia <u>al nominador del empleado o funcionario judicial</u> que profirió la decisión.

También resulta pertinente reiterar lo expuesto en las decisiones del 25 de agosto de 2014<sup>95</sup> en cuanto a los recursos de apelación en los asuntos disciplinarios, a la luz del artículo 115 de la Ley 270, ya transcrito. Se dijo entonces:

"Esta disposición fija expresamente en los "superiores jerárquicos" de los empleados judiciales la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios contra ellos. Aunque no señala en forma explícita quién es el competente para tramitar la segunda instancia, sí lo hace de manera indirecta, al remitir al artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, vigente a la sazón, el cual disponía que el "inmediato superior administrativo" era quien debía resolver el recurso de apelación que se interpusiera contra un acto administrativo de carácter definitivo".

El CCA, fue derogado por la Ley 1437 de 2011; pero para efectos de la remisión ordenada en el artículo 115 de la Ley 270, corresponde y es pertinente la aplicación del artículo 74 de la misma Ley 1437:

"Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

- 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
- 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

"(...)

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

"El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

"(...)". (Subraya la Sala).

Sobre la norma transcrita, dijo la Sala en la decisión del 25 de agosto del 2014:

"d. Puesto que el artículo 74 del CPACA se refiere al "superior administrativo o funcional", en tanto que el artículo 50 del CCA aludía solamente al "superior administrativo",

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001030600020140000600 Conflicto negativo de competencias entre Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, y Procuraduría General de la Nación

es necesario indagar sobre la razón que explique dicho cambio. No se ha encontrado ninguna explicación al respecto en las actas de la Comisión Redactora del CPACA. Sin embargo el doctor Enrique Arboleda Perdomo, quien fue miembro de la citada Comisión, expone lo siguiente en sus "Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"6:

"Recurso de apelación. El recurso de apelación busca que el superior del funcionario que adoptó la decisión la revise, para que la reforme o revoque. La ley determina que el superior puede ser el administrativo, para englobar todo tipo de jerarquía, o el funcional, englobando con este término aquellos organismos que no pertenecen a la misma entidad que profirió el acto, pero que tienen como función la de definir el recurso de apelación contra ciertas decisiones de otras autoridades. A manera de ejemplo se puede citar la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para desatar los recursos contra los actos que resuelven los reclamos contra las empresas por ella vigiladas<sup>97</sup>".

"A partir de este razonamiento, al concordar el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 con el artículo 74 del CPACA se llega a la conclusión de que el funcionario o corporación competente para conocer en segunda instancia de los procesos disciplinarios contra empleados judiciales es aquel o aquella que tenga el carácter de superior administrativo o funcional del empleado o funcionario que haya tramitado o adelante el proceso en primera instancia.

"e. Dado que el control disciplinario sobre los empleados judiciales es una función netamente administrativa, y que la Rama Judicial cuenta con una estructura orgánica claramente jerarquizada, el superior inmediato que debe tramitar la segunda instancia en esta clase de procedimientos no podría ser el funcional sino el administrativo, que por regla general y en virtud de su autonomía, debe encontrarse al interior de la misma Rama. Solo excepcionalmente, cuando dicho superior administrativo en definitiva no exista, sería necesario acudir a un superior ajeno a la Rama Judicial, para así garantizar el principio de la doble instancia en los procedimientos disciplinarios, como más adelante se explicará.

"(...).

"i. Como se explicó en el acápite anterior, los funcionarios judiciales, incluyendo los jueces y los magistrados, tienen superiores jerárquicos en el campo administrativo.

A este respecto la regla general, aunque no absoluta, es que <u>el superior jerárquico de los funcionarios judiciales es su nominador</u>, si bien en algunos casos y para ciertos fines específicos la ley habilita a otros funcionarios o corporaciones para actuar como superiores del respectivo funcionario judicial. Esta regla general obedece, a juicio de la Sala, a que la potestad que con mayor intensidad y claridad denota una superioridad

<sup>96</sup> Arboleda Perdomo, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2ª edición. Editorial Legis, Bogotá, 2013, p. 125.

<sup>97 &</sup>quot;[32] Ver artículo 159 de la Ley 142 de 1994".

jerárquica al interior de cualquier empresa, entidad u organización, pública o privada, es la facultad de nombrar o designar a un empleado, separarlo de su cargo, aceptar su retiro y nombrar su reemplazo en forma provisional o definitiva.

"Se colige por lo tanto que, cuando el artículo 74 del CPACA, aplicable a estos procedimientos por la remisión que ordena el artículo 115 de la Ley 270 de 1996, se refiere al "inmediato superior administrativo"..."

En el pronunciamiento de agosto de 2014, concluyó la Sala:

"Si se acepta que el competente para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que adoptan los jueces al calificar los servicios de los empleados judiciales de sus despachos, es <u>el respectivo tribunal superior</u>, en su calidad de nominador y, como tal, superior jerárquico-administrativo de aquellos funcionarios, no es congruente sostener que el mismo tribunal no es competente para conocer en segunda instancia de las decisiones que en materia disciplinaria tomen dichos jueces contra los mismos empleados. Ocurre que las funciones en consideración son igualmente <u>administrativas</u>, y que las normas que regulan ambas situaciones <u>no especifican quién es el superior jerárquico</u> de dichos jueces, pues se limitan a señalar que contra las decisiones adoptadas por ellos en estos ámbitos proceden los recursos previstos en el CCA (hoy, en el CPACA), como sucede con los artículos 115 y 171 de la Ley 270 de 1996, o simplemente señalan que la segunda instancia corresponde al respectivo "superior jerárquico", ante quien se ejerce un recurso de apelación, que por ello también se denomina recurso "jerárquico".

k. Resalta la Sala que si se acogiera el criterio de que los jueces y magistrados no tienen superiores jerárquicos en asuntos administrativos, no habría entonces quién resolviera sobre las comisiones de servicios solicitadas por dichos funcionarios (artículo 136 de la Ley 270 de 1996), ni quién propusiera y diera el visto bueno para el otorgamiento de "comisiones especiales" a los mismos (artículo 139 ibídem), pues las normas citadas establecen que tales atribuciones corresponden al "superior" o al "superior jerárquico" del respectivo funcionario judicial, sin especificar en concreto quién es dicho superior. Tampoco podrían resolverse los recursos de apelación contra las calificaciones insatisfactorias de jueces y magistrados a los empleados judiciales de sus despachos en desarrollo de la normas de carrera judicial (artículo 171 de la Ley Estatutaria), porque habría que concluir, con la tesis que se rebate, que tales decisiones no son susceptibles de impugnación mediante el recurso de alzada, pues dichos funcionarios no tendrían superior jerárquico.

l. Finalmente se observa que no cabe atribuir a la Procuraduría General de la Nación la titularidad de una competencia genérica para conocer en segunda instancia de las decisiones disciplinarias que adopten los jueces y magistrados, esgrimiendo el argumento de que la Rama Judicial no tiene una estructura jerárquica que permita "preservar la garantía de la doble instancia", según reza el primer inciso del artículo 76 citado. Tampoco es cierto que en la misma Rama "no sea posible organizar la segunda instancia", condición a partir de la cual asumiría competencia para conocer de dicha

instancia "el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia". (Inciso 3º de la misma norma).

Ni lo uno ni lo otro, pues en la Rama Judicial la segunda instancia está garantizada, en casi la totalidad de los casos, precisamente gracias a su estructura organizacional. Esta circunstancia descarta la injerencia del Ministerio Público en los asuntos disciplinarios propios de la Rama, salvo en los casos excepcionales antes señalados, o cuando dicho órgano actúe en ejercicio de su poder preferente, todo lo cual es acorde con los principios de autonomía judicial y de administración independiente de la Rama".

Así las cosas, la Sala encuentra suficiente fundamento para afirmar que dentro de la Rama Judicial existen superiores administrativos a los que precisamente les corresponde conocer y decidir la segunda instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados judiciales.

#### 5. El caso concreto

Como se mencionó en los antecedentes, el Juez Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), sancionó disciplinariamente al empleado judicial que desempeña el cargo de asistente social grado 01 del Juzgado.

El sancionado, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación, que fue concedido para ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Esa autoridad se declaró incompetente, orden y resolvió remitir las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que a su vez las remitió al Tribunal Superior de Antioquia, bajo cuya jurisdicción está el Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, que impuso la sanción disciplinaria recurrida.

El Tribunal Superior de Antioquia propuso conflicto negativo de competencia frente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, decidió remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaría, a fin de que lo desatara.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria se declaró incompetente con base en los artículos 256, numeral 6, de la Constitución Política y 112, numeral 2, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y ordenó devolver las diligencias al juzgado de origen (Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, Antioquía) para que este las remitiera "al operador judicial capacitado por la ley para resolver el recurso de apelación…".

El Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), consideró que la autoridad competente para resolver el recurso de apelación era el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia de acuerdo con la línea jurisprudencial de esta Sala de Consulta y Servicio Civil, pero que debía darse trámite al conflicto negativo de competencias entre el mencionado tribunal de Antioquia y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y envió las diligencias a esta Sala.

De acuerdo con los documentos recibidos, se trata de un proceso disciplinario abierto por el juez titular del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, en virtud de queja de una usuaria del servicio, contra el empleado del juzgado, señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra.

El artículo 131 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, relaciona las autoridades nominadoras de la Rama Judicial y en los numerales 7 y 8 dispone:

"Artículo 131. Autoridades nominadoras de la Rama Judicial. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

. . .

- 7. Para los cargos de Jueces de la República: El respectivo Tribunal.
- 8. Para los cargos de los Juzgados: El respectivo Juez.

..."

Además, conforme lo dispone el artículo 20 de la misma Ley 270, la facultad nominadora de los tribunales se ejerce por su Sala Plena:

"Artículo 20. De la Sala Plena. Corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, ejercer las siguientes funciones administrativas:

1. Elegir a los Jueces del correspondiente Distrito Judicial, de listas elaboradas por la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura, en la calidad que corresponda, según el régimen de la carrera judicial".

Así, en el caso estudiado y en aplicación de la línea jurisprudencial atrás citada, el juez, como nominador de los cargos del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao, es el competente para adelantar el proceso disciplinario en primera instancia, contra el señor Rodríguez Saavedra.

A su vez, la competencia para la segunda instancia la detenta el tribunal nominador del juez, que en las presentes diligencias es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. En consecuencia, este tribunal es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación que dio origen al conflicto de que trata la presente decisión.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Plena, es la autoridad competente para resolver el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado por el señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra, quien desempeña

el cargo de asistente social grado 01 del Juzgado Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), contra la sanción disciplinaria que le impusiera el juez titular del mismo despacho judicial.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, Sala Plena, para lo de su cargo.

**TERCERO. COMUNICAR** esta decisión, con copia de la misma, al Juez Promiscuo de Familia de Urrao (Antioquia), a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación, y al señor Carlos Alfonso Rodríguez Saavedra.

**CUARTO.** Los Términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa disciplinaria en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique esta decisión.

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

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

## 7. Distrito Capital de Bogotá - Alcaldía Mayor de Bogotá.

Asunto: Recursos para consulta sobre corridas de toros en Bogotá, D.C. Decisión inhibitoria por sustracción de materia.

#### Radicado 2018-00028

Fecha: 27/11/2018

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

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

#### I. ANTECEDENTES

La Directora de la Dirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico – Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, promovió ante esta Sala un conflicto negativo de competencias administrativas entre la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se defina "la autoridad competente para disponer los recursos necesarios para sufragar la Consulta Popular de corridas de toros en Bogotá, D.C.".

En su escrito narra los siguientes antecedentes:

- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en sentencia del 20 de agosto de 2015 declaró ajustadas a la Constitución Política la convocatoria a la consulta popular y la correspondiente pregunta, atinentes a la realización de corridas de toros y novilladas en el Distrito Capital.
- 2. Varios ciudadanos interpusieron acciones de tutela contra la mencionada decisión judicial y la Sección Quinta de esta Corporación, en decisión del 23 de septiembre de 2015 concedió el amparo solicitado por los accionantes, por estimar que las autoridades distritales no tienen competencia para prohibir dichos espectáculos. La Sección Primera de la misma Corporación, en decisión del 22 de octubre del mismo año 015 confirmó el fallo de la Sección Quinta.
  - La Corte Constitucional seleccionó el expediente para la revisión de los fallos de tutela y en la Sentencia T-121-17 resolvió (i) revocar los proferidos en primera y segunda instancia y (ii) declarar en firme la sentencia del 20 de agosto de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- 3. Notificada la sentencia T-121-17, el Alcalde Mayor de Bogotá D. C. solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, atendidas sus competencias, adelantar los

trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la asignación de los recursos y realizar una reunión con el fin de determinar la fecha de la consulta.

El Ministerio en mención manifestó al Alcalde Mayor que "... quien expide el acto administrativo de convocatoria del mecanismo de participación ciudadana, debe ser quien erogue los recursos necesarios para garantizar la jornada electoral y, en consecuencia, los rubros correspondientes para adelantar la Consulta Popular en Bogotá D. C., deben ser asumidos por el Distrito Capital" (folio 3vto).

4. La Corte Constitucional por Auto 347 del 17 de julio de 2017 negó la solicitud de la Alcaldía para modificar la fecha original de la consulta – 13 de agosto de 2017 -, y realizarla con los comicios para Congreso el 11 de marzo de 2018. En la misma decisión ordenó la Corte enviar a la Sección Quinta del Consejo de Estado los escritos de la Alcaldía Mayor y de la Corporación Taurina de Bogotá, para su valoración oficiosa o en una futura petición de cumplimiento.

Ante la decisión de la Corte, la Secretaría Jurídica Distrital solicitó a la Sección Quinta del Consejo de Estado que "... en atención a su calidad de juez de primera instancia, vinculara al cumplimiento de la orden de amparo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público" para que dispusiera la partida presupuestal requerida para realizar la consulta popular.

En decisión del 9 de noviembre de 2017 la Sección Quinta expuso que solo tenía competencia para proferir el fallo de primera instancia, no dio trámite a la petición de vincular al ministerio y ordenó archivar el expediente.

La Alcaldía Mayor interpuso recurso de apelación y en auto del 15 de diciembre de 2017 la Sección Quinta negó la procedencia de la solicitud pero estimó que se trataba de un conflicto negativo de competencias administrativas entre la autoridad nacional y la autoridad distrital que correspondía conocer a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

5. La Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., promovió el susodicho conflicto (folios 1 a 157).

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 159).

Consta que se informó sobre el presente conflicto a las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado; Corte Constitucional; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Registraduría

Nacional del Estado Civil; Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Jurídico; y al señor Ramsés Alberto Ruiz Sánchez (folios 160 y 161).

Asimismo, la Secretaría de la Sala recibió los escritos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 162 a 164); de la Corte Constitucional, Magistrado Carlos Bernal Pulido (folios 165 a 182); de la Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá (folios 183 a 216); del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (folios 217 a 226), y del Secretario General del Consejo de Estado (folios 228 a 248).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y LOS INTERVINIENTES

## 1. Distrito Capital - Alcaldía Mayor

Tanto en el escrito de planteamiento del conflicto negativo de competencias como en los alegatos presentados dentro del trámite del mismo, la Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá manifestó que, para dar cumplimiento al fallo de tutela T-121 de 2017, solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la apropiación, en el presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de los recursos necesarios para la realización de la consulta popular.

Afirmó que la solicitud al ministerio se fundamentó en el Título XII de la Constitución Política, referente al régimen económico y de la hacienda pública, y en las normas orgánicas del presupuesto nacional, así como en las competencias de la Registraduría para la realización de los mecanismos de participación ciudadana.

Enfatizó en los principios de legalidad y de especialidad del gasto, conforme al artículo 18 del Decreto 111 de 1996.

Recordó que la Registraduría Nacional forma parte del presupuesto general de la Nación y que está habilitada, constitucional y legalmente, para organizar los procesos electorales y de participación ciudadana en los niveles nacional y territorial (artículos 120 y 266 de la Constitución Política).

Allegó los pronunciamientos del Registrador Nacional del Estado Civil y del Registrador Delegado en lo Electoral, dirigidos al Alcalde Mayor, respecto de sus funciones constitucionales y legales en materia de dirección y organización de los certámenes democráticos.

#### 2. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Expresó que se abstenía de emitir alegatos en el trámite del conflicto de competencias porque en la providencia del 20 de agosto de 2015 se declaró ajustado a la Constitución el proyecto de consulta popular pero no se abordó "... el asunto atinente a la entidad pública responsable de asignar los recursos para llevar a cabo la consulta taurina...".

Señaló que dicho asunto no es de competencia del Tribunal.

## 3. Corte Constitucional

El señor Magistrado Carlos Bernal Pulido remitió copia del auto n.º 031 del 7 de febrero de 2018, por el cual la Sala Plena de la Corte Constitucional anuló la sentencia T-121 de 2017

## 4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Por conducto de apoderado judicial, hizo un recuento de las decisiones de primera y segunda instancia, en sede jurisdiccional y en sede de tutela.

Concluyó que en virtud del Auto del 7 de febrero de 2018, de la Sala Plena de la Corte Constitucional, que anuló la sentencia T-121-17, "... no existe conflicto de competencias o el propuesto es ineficaz y como consecuencia de ello, la Sala debe declararse inhibida de pronunciarse al respecto por lo que se denomina 'sustracción de materia'".

Dijo que no hay sentencia de tutela que cumplir ni consulta popular que llevar a cabo.

## 5. Consejo de Estado

El señor Secretario General allegó copia del Auto 031 de 2018, en el cual la Sala Plena de la Corte Constitucional anuló la sentencia T-121-17.

#### IV. CONSIDERACIONES

## Competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en materia de conflictos de competencias administrativas

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

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

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

"Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también

se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional (...) En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales (...) conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

De acuerdo con las normas citadas, la Sala es competente para resolver los conflictos de competencias: (i) que se presenten entre autoridades nacionales o en los que esté involucrada por lo menos una entidad de ese orden; (ii) que se refieran a un asunto de naturaleza administrativa; y (iii) que tal asunto sea particular y concreto.

#### 2. Sustracción de materia en el caso concreto

De acuerdo con los antecedentes narrados por la Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá y los documentos aportados con su escrito, además de los allegados por los intervinientes, el Alcalde Mayor inició los trámites para adelantar una consulta popular con el propósito de establecer si la ciudadanía bogotana estaba o no de acuerdo con la realización de corridas de toros y las novilladas en jurisdicción del Distrito Capital.

Como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la constitucionalidad del mecanismo de participación ciudadana y la pregunta que en él se formularía, el Alcalde Mayor solicitó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que apropiara, en el presupuesto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, los recursos presupuestales necesarios para su realización, dado que, en criterio de la autoridad territorial ratificado luego por la misma Registraduría Nacional, a esta compete la organización y el desarrollo de los procesos electorales y de participación ciudadana.

Sin embargo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que la autoridad territorial convocante debía asumir los costos del mecanismo de participación.

Vale decir que, tanto el Ministerio como la Alcaldía Mayor y la Registraduría Nacional, expusieron razones que permitían entender que ninguna se consideraba competente para apropiar los recursos presupuestales requeridos para la consulta popular convocada por la autoridad territorial. En consecuencia, inicialmente se configuró el conflicto negativo de competencias administrativas planteado a la Sala.

La situación jurídica cambió con el Auto n.º 031 de 2018, por el cual la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió las solicitudes de nulidad interpuestas contra la sentencia T-121-17.

En efecto, en dicho auto la Sala Plena de la Corte Constitucional repasó su jurisprudencia en sede constitucional y en sede de tutela, en materia de consultas populares y de competencias de las entidades territoriales para prohibir las corridas de toros.

Concluyó que en <u>la sentencia T-121-17</u> se incurrió "en la causal de desconocimiento de la jurisprudencia vigente, al no haber tenido en cuenta lo dispuesto por la Corte en la

Sentencia C-889 de 2012. En efecto, dicha sentencia constituye un precedente relevante, cuya ratio decidendi debió ser aplicada por la Sala de Revisión. Sin embargo, <u>al confirmar la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al permitir que el Alcalde de Bogotá convoque a la mencionada consulta popular, desconoció que, de conformidad con la jurisprudencia vigente, el legislador es el único que puede prohibir las corridas de toros.</u> Ello resultaba contrario a lo previamente decidido por la Corte y amparado por la cosa juzgada constitucional". (Subraya de la Sala)

En consecuencia decretó la nulidad de la mencionada sentencia T-121-17 y ordenó que por la Sala Plena se dictara nueva decisión.

Significa entonces, que la convocatoria a la consulta por parte del Alcalde Mayor de Bogotá no es jurídica y por lo tanto es irrealizable.

De contera, las diferencias de criterio en punto a la financiación de dicho mecanismo de participación dejaron de ser irrelevantes en ese caso concreto, y, por sustracción de materia, no cabe decisión de fondo en el conflicto negativo de competencias administrativas planteado a la Sala, que, por consiguiente, se declarará inhibida.

## 3. Términos legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755, en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34<sup>98</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

<sup>98</sup> Ley 1437 de 2011, Artículo 2°. "Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. / Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. / Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos se pulcarán las disposiciones de este Código, // Artículo 34: "Procedimiento administrativo común y principal. Las actuaciones administrativas se

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

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

#### **RESUELVE:**

PRIMERO. DECLARARSE INHIBIDA para decidir de fondo el conflicto negativo de competencias administrativas propuesto por el Distrito Capital de Bogotá – Alcaldía Mayor - Dirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico – Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, frente a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de las competencias para apropiar recursos destinados a la consulta popular convocada por el Alcalde Mayor en materia de corridas de toros y novilladas.

**SEGUNDO. COMUNICAR** la presente decisión a la Secretaria Jurídica Distrital de Bogotá, a la Directora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico, a las Secciones Primera y Quinta y al Secretario General del Consejo de Estado, a la Corte Constitucional, a la Sección Primera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por conducto de su apoderado, y al señor Ramsés Alberto Ruiz Sánchez.

**TERCERO. RECONOCER** al doctor Feiber Alexander Ochoa Jiménez como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y con los efectos del poder conferido para estas diligencias.

**CUARTO. ADVERTIR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, tal como lo dispone expresamente el párrafo final del inciso 3° del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**QUINTO.** Los Términos legales a los que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

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

**SUSCRIBEN LA PROVIDENCIA:** Óscar Darío Amaya Navas, Presidente. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Édgar González López, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

## 8. Ministerio de Justicia y del Derecho.

Asunto: Cobro coactivo de multas impuestas judicialmente por infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

#### Radicado 2018-00054

Fecha: 03/07/2018

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en los artículos 39 y 112, numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

#### I. ANTECEDENTES

- 1. Mediante sentencia del 31 de marzo de 2000, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Santiago de Cali profirió condena contra el señor José Wilson Ocampo Giraldo por el delito tipificado en el artículo 33, inciso 1°, de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y le impuso una multa de doscientos catorce (214) salarios mínimos legales mensuales. Esta condena fue confirmada, en su totalidad, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, en fallo del 22 de febrero del 2001 (folios 1 a 10).
- 2. La Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) División de Cobro Coactivo- inició el proceso de cobro coactivo No. 18497-00 contra el señor Ocampo Giraldo, para obtener el pago efectivo de la multa señalada en el numeral anterior, y mediante auto del 1° de octubre del 2001, libró en su contra el correspondiente mandamiento de pago (folios 13 al 15).
- 3. Con auto del 17 de enero de 2002, la División de Cobro Coactivo de la Dirección Nacional de Estupefacientes decretó y obtuvo el embargo del derecho de propiedad que el señor Ocampo Giraldo tiene, en común y proindiviso con otras personas, sobre el bien inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 370-504544 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali (folios 20 a 27).
- 4. El 9 de junio de 2017, el señor José Wilson Ocampo Giraldo presentó petición ante el Ministerio de Justicia y del Derecho, para que se ordenara el levantamiento del embargo que pesa sobre el citado inmueble, toda vez que ya operó, a su juicio, la prescripción de la respectiva acción de cobro (folio 1 A).
- 5. El Ministerio de Justicia y del Derecho, con oficio del 6 de julio de 2017, respondió que no es la entidad competente para adelantar el trámite solicitado, ya que,

con la expedición de la Ley 1743 de 2014 y los Decretos 272 y 723 de 2015, la función relativa al cobro de las multas impuestas a quienes hayan infringido el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que competía a esa cartera, corresponde hoy en día al Consejo Superior de Judicatura. Por esta razón, trasladó la petición del señor Ocampo a la División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo de ese organismo (folio 63).

- 6. El Consejo Superior de la Judicatura, mediante oficio del 4 de octubre de 2017, regresó la petición al Ministerio de Justicia y del Derecho, argumentado que, al analizar el contenido de la Ley 1743 de 2014 y sus decretos reglamentarios, se puede concluir que este caso es competencia del Ministerio de Justicia y del Derecho, ya que se refiere a un hecho (la prescripción de la acción de cobro) que ocurrió cuando el ministerio tenía la competencia funcional para tramitar el proceso y resolver lo que correspondiera. Por lo tanto, cualquier inoperancia o inactividad de dicho ministerio, como la falta de gestión en el cobro o la no declaratoria de prescripción, que podría haber ocasionado perjuicios e inconvenientes al peticionario, no puede ser asumida por el Consejo Superior de la Judicatura (folios 64 y 65).
- 7. Debido a lo anterior, el peticionario presentó acción de tutela, al considerar que su derecho fundamental de petición fue vulnerado por las entidades citadas. Al resolver dicha tutela, el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Cali, en sentencia del 17 de enero de 2018, accedió al amparo constitucional impetrado y ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho que, en el término de las 48 horas siguientes, acreditara la remisión de la petición al Consejo Superior de la Judicatura, junto con la actuación administrativa correspondiente, y a este último que, en el término de las 48 horas subsiguientes, diera respuesta a la solicitud inicial (folios 82 y 83).
- 8. Impugnado el fallo anterior, el Tribunal Administrado del Valle del Cauca, en sentencia del 19 de febrero de 2018, ordenó revocar la sentencia de primera instancia, al considerar que no le corresponde al juez constitucional determinar qué entidad es la competente para resolver la solicitud de cancelación de la medida cautelar, formulada por el actor. En todo caso, como encontró vulnerado el derecho fundamental de petición del señor Ocampo Giraldo, ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Consejo Superior de la Judicatura que, en el término de las 48 horas siguientes, analizaran, de manera conjunta y concertada, la documentación requerida para resolver de fondo la petición del accionante. Asimismo advirtió que, en caso de persistir los argumentos con los que las entidades mencionadas se declararon incompetentes, debían proponer un conflicto de competencias administrativas ante la autoridad correspondiente (folios 40 a 47).
- 9. Para dar cumplimento al fallo de tutela, el Ministerio de Justicia y del Derecho envió un correo electrónico al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo, en el cual reiteró su posición sobre la falta de competencia de esa cartera para resolver la solicitud del señor Ocampo Giraldo, y manifestó que, de no obtener respuesta

- expresa de ese organismo en un término breve, se entendería que la postura del Consejo Superior de la Judicatura sigue siendo la misma (folio 50 y 51).
- 10. Mediante escrito del 22 de febrero de 2018, el Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre ese ministerio y el Consejo Superior de la Judicatura, con la finalidad de establecer la autoridad competente para ejercer la función administrativa de cobro coactivo de la multa impuesta al señor José Wilson Ocampo Giraldo, dentro del proceso No. 18497, iniciado por la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes (folios 52 a 60).
- 11. Igualmente, y para dar cumplimiento al fallo de tutela dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura planteó a la Sala el mismo conflicto, mediante escrito del 5 de marzo de 2018. En el citado memorial, el Consejo Superior, además de exponer las razones y argumentos por los cuales consideró que no es competente para responder de fondo la solicitud del señor Ocampo Giraldo, solicitó a la Sala que se resuelva el conflicto en el sentido de señalar "que es competencia del Ministerio de Justicia y de Derecho, expedir el acto administrativo de terminación del proceso de cobro coactivo N° 18497-2000, en el que figura como sancionado el señor JOSE WILSON OCAMPO GIRALDO y proferir los actos y oficios que ordenen el levantamiento de medidas cautelares dentro del mismo" (folios 71 a 75).

#### III. TRÁMITE PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos (folio 91).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437, dentro del cual se informó sobre el conflicto planteado al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Sociedad de Activos Especiales, SAE, a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y al señor José Wilson Ocampo Giraldo (folios 92 a 95).

### IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

## 1. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho consideró que no es la autoridad competente para llevar a cabo el procedimiento de cobro coactivo contenido en el expediente No. 18497-00. A este respecto, recordó, en primer lugar, que con ocasión de la supresión de la DNE, la facultad de "jurisdicción coactiva" de las multas impuestas a quienes infringieran el Estatuto Nacional de Estupefacientes fue asignada al Ministerio de Justicia y del Derecho, como lo dispuso, en su momento, el numeral 5 del artículo 11 del Decreto 2897 de 2011.

Posteriormente, el artículo 11 de la Ley 1743 de 2014 trasladó al Consejo Superior de la Judicatura la competencia para ejercer, en su totalidad y de manera integral, la función de cobro coactivo de las multas impuestas por los jueces de la República, dentro de las cuales deben entenderse incluidas aquellas fijadas por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

El artículo 20 del Decreto 272 de 2015, "[p]or el cual se reglamenta la Ley 1743 de 2014 y los procedimientos necesarios para el recaudo y la ejecución de los recursos que integran el Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia", dispuso que "... todos los procesos de cobro coactivo que estén siendo adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y que verse sobre multas impuestas en procesos judiciales con ocasión de la comisión de delitos por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, serán transferidos al Consejo Superior de la Judicatura (...)" (negrillas del Ministerio de Justicia y del Derecho).

De conformidad con lo anterior, expone que la competencia para adelantar los procesos de cobro coactivo de estas multas fue trasferida, de modo "integral, pleno y absoluto" al Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 17 de febrero de 2015, a quien le corresponde, desde esa fecha, ejecutar todas y cada una de las actuaciones relacionadas con el cobro de dichas obligaciones, sin importar el estado en que se encontraran los procesos respectivos, ni los trámites que para ese momento estuvieran pendientes de ejecutarse.

Resaltó que, dentro del marco normativo expuesto, únicamente le corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho realizar las gestiones administrativas tendientes a la entrega de los expedientes al Consejo Superior de la Judicatura, independientemente del estado en que se encuentre cada proceso. Sin embargo, al remitirse el expediente No. 18497-00, correspondiente al señor José Wilson Ocampo Giraldo, la Coordinadora de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura lo devolvió al Ministerio de Justicia, argumentado que le correspondía a dicha cartera realizar un saneamiento previo de los procesos, incluyendo este, y que el Consejo Superior solamente podía recibir aquellas actuaciones que se encontraran activas y saneadas.

Igualmente señaló el ministerio que, de una interpretación sistemática de la Ley 1743 de 2014 y el Decreto 272 de 2015, es viable inferir que no hubo una distribución de competencias entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura, sino un traslado integral, pleno y absoluto de la potestad de cobro coactivo de las multas impuestas por infracción a la Ley 30 de 1986, de manera tal que las acciones de saneamiento que se consideren procedentes en el marco de dichos procesos, deben ser realizadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Expuso que lo argumentado por dicho organismo para negar su competencia en este asunto no tiene ningún sustento en la Ley 1743 ni en sus decretos reglamentarios, sino que está fundamentado en unos acuerdos expedidos unilateralmente por dicha corporación, que tratan de modificar lo dispuesto por el legislador, en el artículo 11 de la Ley 1743 de 2014.

Para finalizar, argumentó que la expedición de los acuerdos bajo los cuales pretende escudarse el Consejo Superior de la Judicatura para no asumir el conocimiento de los procesos presuntamente prescritos, no guarda armonía con el ordenamiento jurídico, toda vez que con ello se busca eludir la competencia encomendada por la Ley 1743 de 2014 y el Decreto 272 de 2015 y constituye, además, una extralimitación de sus funciones, que genera, además, un desajuste en la armonía del ordenamiento jurídico, que implicaría una violación a los derechos fundamentales de petición y del debido proceso.

En efecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho considera que si dicha cartera se encargara de adelantar los trámites correspondientes en el proceso del señor Ocampo Giraldo, como lo pretende el Consejo Superior de la Judicatura, se propiciaría que cualquier acto administrativo que expida estuviera viciado de nulidad, al no tener dicha cartera la competencia legal para adelantar tales procesos.

## 2. Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Argumentó que el artículo 11 de la Ley 1743 de 2014 establece como requisito para el traslado de los procesos de cobro coactivo, el siguiente:

"Artículo 11. Cobro coactivo. La Dirección Ejecutiva y las Oficinas de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura, o quien haga sus veces, adelantarán el cobro coactivo de las multas, conforme a lo establecido en el artículo anterior, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 136 de la Ley 6 de 1992 y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006". (Subrayas del Consejo Superior).

Expuso que la remisión efectuada por dicha disposición al artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, no tiene otra finalidad que la de precisar que, al momento de adelantar el cobro coactivo, debe aplicarse el procedimiento contemplado en el Estatuto Tributario. Esto implica que la autoridad competente debe acatar lo dispuesto por tales normas procedimentales, lo que incluye verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 828 del Estatuto Tributario para los títulos ejecutivos. Entre dichas condiciones debe entenderse incluida la de que el título respectivo no esté prescrito, aspecto que no se cumple en el presente conflicto, pues resulta evidente que la respectiva acción de cobro se encuentra prescrita, desde mucho antes, incluso, de expedirse la Ley 1743 de 2014.

Prosiguió exponiendo que el saneamiento de los expedientes que prescribieron con anterioridad a la recepción de los procesos por parte del Consejo Superior de la Judicatura es un asunto de "competencia exclusiva" del Ministerio de Justicia y del Derecho, en su calidad de receptor de la cartera proveniente de la DNE, y que tal ministerio, una vez recibida dicha cartera, debió realizar las acciones necesarias para evitar futuros perjuicios a los administrados.

Asimismo, expuso que para dar cumplimento al traslado de los procesos de cobro coactivo y sus respectivos expedientes, que ordenó el Decreto 272 de 2015, una vez asignada la partida presupuestal por parte del Gobierno nacional, el Consejo Superior

de la Judicatura creó unos cargos para el cumplimiento de esta función, mediante el Acuerdo PCSJA17-10637 del 3 de febrero de 2017. En el parágrafo del artículo 1º de dicho acto administrativo, modificado por el Acuerdo PCSJA17-10674 del 10 de mayo de 2017, se dispuso lo siguiente:

"Parágrafo- Dentro de la etapa de remisión de procesos por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho y de recepción que debe realizar la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el grupo designado para dichos efectos, deberá proceder a la revisión y clasificación de los procesos, con miras a determinar cuáles de ellos al momento de la recepción efectiva de cada uno están prescritos, los que no serán recibidos por la DEAJ". (Se resalta).

En razón a lo expuesto, el Consejo Superior de la Judicatura considera que se encuentra impedido para recibir los expedientes correspondientes a los procesos de cobro coactivo que se encuentran "prescitos", como presuntamente ocurre con el que nos ocupa, en cumplimiento a lo dispuesto en los citados acuerdos, los cuales gozan de presunción de legalidad.

#### V. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia

## a. Competencia de la Sala

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

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

(...)".

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

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

De acuerdo con los antecedentes, el presente conflicto de competencias administrativas se ha trabado entre dos autoridades públicas del orden nacional: el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Igualmente, se trata de un asunto administrativo de carácter concreto, el cual consiste en determinar la entidad competente para tramitar el proceso de cobro coactivo de la multa impuesta al señor José Wilson Ocampo, con número de radicado 18497, y, en tal virtud, responder de fondo la petición formulada por el mismo para que se declare la prescripción y se levante la medida cautelar practicada en dicho proceso.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala es competente para dirimir el presunto conflicto.

## b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, "mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán"99. El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que "[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la

<sup>499</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, por el siguiente: "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. //2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

petición por la autoridad competente". Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que "[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida".

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

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

## 2. Problema jurídico

En el presente conflicto de competencias administrativas, corresponde a la Sala definir la entidad a la que compete resolver de fondo la solicitud de declaratoria de la prescripción y el consecuente levantamiento del embargo, presentada por el señor José Wilson Ocampo dentro de proceso de cobro coactivo No. 18497-00.

Lo anterior implica necesariamente determinar, en forma previa, cuál es la autoridad competente para conocer, en la actualidad, del referido proceso de cobo coactivo, pues resulta claro para la Sala que solamente dicha autoridad podría decidir lo que jurídicamente corresponda sobre la declaratoria de prescripción y el consiguiente levantamiento de la media cautelar.

Para resolver este problema jurídico, previa reseña de la normatividad relativa al cobro de las multas impuestas por los jueces de la República por violación a las normas de la Ley 30 de 1986, y de las competencias asignadas en esta materia a la Dirección Nacional de Estupefacientes, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Consejo Superior de la Judicatura, la Sala analizará si los acuerdos expedidos por este argumento tienen el efecto de eximir a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del conocimiento de los procesos de cobro coactivo que estaban a cargo del Ministerio de Justicia y del Derecho y que estuvieran aparentemente prescitos al momento de su entrega.

## 3. Aclaración previa

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

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

fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

## 4. Análisis del conflicto planteado

 a. Cobro coactivo de las multas impuestas judicialmente por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986)

La extinta Dirección Nacional de Estupefacientes, DNE, tenía a su cargo el cobro coactivo de las multas impuestas por los jueces de la República, por infracciones cometidas a la Ley 30 de 1986<sup>100</sup>, en virtud de la facultad conferida a todas las entidades públicas por el artículo 112<sup>101</sup> de la Ley 6 de 1992<sup>102</sup>, y a la Dirección de Estupefacientes, en particular, por el Decreto 2159 de 1992

En efecto, el artículo 6, numeral 13, de dicho decreto estableció que el Director de la extinta DNE tenía, entre sus funciones, la de "recaudar y manejar las multas o dineros que resulten o se obtengan de la aplicación del Estatuto Nacional de Estupefacientes y sus normas complementarias". Asimismo, el artículo 18 ibídem señaló, entre las funciones de la oficina de cobro coactivo de la DNE, las siguientes:

"Artículo 18. División de cobro coactivo. Son funciones de la división de cobro coactivo:

- 1. <u>Atender el recaudo de las multas o dineros que resulten o se obtengan de la aplicación del Estatuto Nacional de Estupefacientes y sus normas complementarias.</u>
- 2. Elaborar los sistemas de control a los abogados o apoderados especiales de la Dirección Nacional de Estupefacientes que recauden las multas por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes y sus normas complementarias.

(...)". (Se resalta).

Más adelante, el artículo 11, numeral 5, del Decreto-Ley 2897 de 2011<sup>103</sup> estableció, como función del Ministerio de Justicia y del Derecho, la de "... dirigir y coordinar las actividades

<sup>100 &</sup>quot;Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones"

<sup>&</sup>quot;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)". El aparte entre paréntesis fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 del 18 de abril de 2013).

<sup>102 &</sup>quot;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 disposiciones".

<sup>103 &</sup>quot;Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho".

relacionadas con el proceso de jurisdicción coactiva y <u>efectuar el cobro a través de este proceso de las multas impuestas a favor de la Nación por parte de las autoridades competentes a quienes sean declarados responsables de infringir el Estatuto Nacional de Estupefacientes o hacer efectivo ante las autoridades judiciales competentes, los derechos de crédito que a su favor tiene y velar porque este se desarrolle de acuerdo con la normatividad vigente". (Se resalta)</u>

El mismo año, con el Decreto 3183, se ordenó la liquidación de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Luego se expidió la Ley 1743 de 2014<sup>104</sup>, cuyo objetivo es generar recursos que contribuyan a mejorar el funcionamiento de la administración de justicia, sin detrimento de las apropiaciones que se hagan anualmente en la Ley General de Presupuesto. El artículo 9 de dicha ley dispone:

"Artículo 9°. Multas. Los recursos provenientes de las multas impuestas por los jueces a las partes y terceros en el marco de los procesos judiciales y arbitrales de todas las jurisdicciones, así como las impuestas en incidentes de desacato a fallos de acciones de tutela, serán consignados a favor de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia".

Esta disposición fue reglamentada, entre otros, por el Decreto 272 de 2015, cuyo artículo 20 estatuye que "[t]odos los procesos de cobro coactivo que estén siendo adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y que versen sobre multas impuestas en procesos judiciales con ocasión de la comisión de delitos por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, serán transferidos al Consejo Superior de la Judicatura dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto".

El Decreto Reglamentario 723 de 2015 prorrogó el plazo establecido para efectuar la entrega de los procesos de cobro coactivo señalados, por un término adicional de cuatro (4) meses, contados desde el vencimiento del plazo inicial fijado por el Decreto 272 de 2015. Lo anterior implica que el plazo final para hacer entrega de los respectivos expedientes venció el 17 de agosto de 2015.

En relación con el procedimiento para adelantar el cobro coactivo de las multas impuestas a quienes cometan o hayan cometido infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes, está previsto en el artículo 11 de la citada Ley 1743 de 2014, así:

"Artículo 11. Cobro coactivo. La Dirección Ejecutiva y las Oficinas de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura, o quien haga sus veces, adelantarán el cobro coactivo de las multas, conforme a lo establecido en el artículo anterior, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 136 de la Ley 6 de 1992 y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006.

<sup>104 &</sup>quot;Por medio de la cual se establecen alternativas de financiamiento para la Rama Judicial".

Las multas que con anterioridad a la vigencia de esta Ley no hayan sido cobradas, deberán ser enviadas por el despacho judicial competente a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial correspondiente, quienes a través de las Oficinas de Cobro Coactivo del Consejo Superior de la Judicatura, o quien haga sus veces, deberán iniciar el proceso correspondiente.

(...)". (Se destaca).

El artículo 5 de la Ley 1066 de 2006<sup>105</sup> establece que "las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario". (Subrayamos).

Dicho procedimiento, por su parte, está regulado en el Titulo VIII (artículos 823 a 843-2) del citado estatuto.

Finalmente, es pertinente mencionar que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PCSJA17-10637 del 3 de febrero de 2017, modificado por el Acuerdo PCSJA17-10674 del 10 de mayo de 2017, modificó su planta de personal para atender la nueva función de cobro coactivo que le impuso la Ley 1743, y en relación con el traslado de los respectivos procesos, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º.

*(…)* 

Parágrafo- Dentro de la etapa de remisión de procesos por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho y de recepción que debe realizar la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el grupo designado para dichos efectos, deberá proceder a la revisión y clasificación de los procesos, con miras a determinar cuáles de ellos al momento de la recepción efectiva de cada uno están prescritos, los que no serán recibidos por la DEAJ". (Se resalta).

# b. Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura. Necesidad de interpretarlos conforme a la Constitución y la ley

Invocando sus facultades constitucionales y legales y, en especial, aquella establecida en el numeral 12 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, consistente en "dictar los reglamentos relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos", el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PCSJA17-10637

<sup>105 &</sup>quot;Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones".

del 3 de febrero de 2017, creó unos cargos en la División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo de la Unidad de Presupuesto de la Dirección de Administración Judicial. Adicionalmente, con el Acuerdo PCSJA17-10674 del 10 de mayo de 2017, se modificó el parágrafo del artículo 1º del acuerdo anterior, en los siguientes términos:

"Parágrafo. Dentro de la etapa de remisión de procesos por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho y de recepción que debe realizar la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el grupo designado para dichos efectos, deberá proceder a la revisión y clasificación de los procesos, con miras a determinar cuáles de ellos al momento de la recepción efectiva de cada uno están prescritos, los que no serán recibidos por la DEAJ.

<u>A partir de esta individualización, también</u> se deberá establecer la competencia para el respectivo conocimiento y remisión de los expedientes a las diferentes direcciones seccionales a efectos de que asuman el proceso de cobro coactivo.

(...)" (Se resalta).

Tal como se deduce de los documentos que obran en el expediente, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura ha venido entendiendo que, como dichos acuerdos son actos administrativos generales, que se encuentran vigentes y cuya legalidad se presume, no es posible para dicho organismo asumir la competencia de los procesos de cobro coactivo que estén presuntamente "prescritos", por el hecho de haber pasado determinado tiempo desde su iniciación o desde la notificación del mandamiento de pago, por lo cual se niega a recibir los expedientes respectivos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Sin entrar a cuestionar, en esta ocasión, la constitucionalidad y la legalidad de la norma reglamentaria citada, la Sala encuentra que la interpretación que viene haciendo de la misma el Consejo Superior de la Judicatura, que conduciría a que dicho organismo no avocara el conocimiento de tales procesos y que la decisión sobre la declaratoria de prescripción tuviera que ser adoptada, en consecuencia, por el Ministerio de Justicia y del Derecho, no puede ser aceptada por la Sala, por resultar anti-técnica, además de entrar en conflicto con la Constitución y la ley, como pasa a explicarse.

En efecto, debe recordarse, en primer lugar, la naturaleza jurídica y las características de la institución denominada "prescripción", así como su diferencia con la caducidad, para luego referirse a su aplicación en los procesos de cobro coactivo. En segundo término, es necesario analizar, desde el punto de vista constitucional y legal, al alcance de la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura para expedir reglamentos en determinadas materias.

#### b.1.) Naturaleza jurídica y características de la prescripción

Vale la pena recordar, en primer lugar, que la prescripción es una institución que proviene del derecho civil, en el cual se conciben dos tipos fundamentales: (i) la prescripción

extintiva de las obligaciones y los derechos personales correlativos, y (ii) la prescripción adquisitiva del derecho de dominio, llamada también "usucapión".

Para los efectos de este conflicto, solo nos interesa la primera clase de prescripción, que está prevista en el artículo 1625 del Código Civil, numeral 10°, como una de las formas o modos de extinción de las obligaciones.

Adicionalmente, en relación con esta figura, el artículo 2535 *ibidem* dispone:

"Artículo 2535. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Lo dispuesto en la norma anterior no significa, sin embargo, que la prescripción opere automáticamente, por el simple paso del tiempo, pues requiere, en primer lugar, la pasividad o inactividad del acreedor en el ejercicio de las acciones que la ley le otorga para hacer efectivo su derecho, y en segundo lugar, que dicha situación sea reconocida y declarada por la autoridad competente. Sobre el primer aspecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-832 de 2001<sup>106</sup>, señaló:

"La prescripción es un modo para el surgimiento de derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo".

En segundo lugar, como se enunció, la prescripción no puede ser declarada de oficio, salvo en aquellos casos que taxativamente señale la ley, por lo que debe ser alegada por el deudor, en su defensa (artículo 2513 C.C.).

Finalmente, la prescripción puede ser suspendida, interrumpida y renunciada, en los eventos que dispone la ley (artículos 2514, 2515, 2516, 2539, 2540 y 2541 *ibidem*).

Por otro lado, recuerda la Sala que no pueden confundirse la prescripción y la caducidad, puesto que existen profundas diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, que han sido reseñadas, de tiempo atrás, por la jurisprudencia y la doctrina. Así, por ejemplo, la Sección Segunda del Consejo de Estado manifestó<sup>107</sup>:

"(...) La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que

<sup>106</sup> Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, Expediente: D-3388.

<sup>107</sup> Providencia del 23 de septiembre de 2010, radicación 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), reiterada el 5 de marzo de 2015, expediente Nº 270012333000 201300248 01 (1153-2014).

la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. Es decir que el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, en cuanto a la nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses lo cual se constituye como un instrumento que mantiene y protege la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para la estabilidad social de sus integrantes.

(...) La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración".

Las principales diferencias que para la jurisprudencia y la doctrina existen entre la prescripción y la caducidad pueden puntualizarse así:

- (i) La prescripción es una institución de <u>derecho sustancial</u>, en tanto produce el nacimiento o la extinción de derechos y obligaciones, mientras que la caducidad es una figura de <u>derecho procesal</u>, en cuanto entraña la imposibilidad de acudir a la jurisdicción en procura de determinada "acción", pretensión o medio de control.
- (ii) La prescripción debe ser alegada expresamente por el deudor y, salvo en algunos casos especiales, no puede ser declarada de oficio por el juez o la autoridad competente. La caducidad puede y debe ser declarada de oficio.
- (iii) La prescripción puede suspenderse, en los casos previstos en la ley; la caducidad no.
- (iv) La prescripción puede interrumpirse <u>natural o civilmente</u>, en los casos indicados por la ley; la caducidad solo puede impedirse o dejarse inoperante mediante la presentación oportuna de la demanda (artículo 94 del Código General del Proceso).
- (v) La prescripción puede renunciarse expresa o tácitamente, después de cumplida; la caducidad no puede renunciarse.

Sobre la prescripción de la "acción ejecutiva", el artículo 2536 del Código Civil, establecía originalmente:

"Artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez".

La citada norma estuvo vigente hasta el 26 de diciembre de 2002, fecha en la que entró a regir la Ley 791 de 2002<sup>108</sup>, que reguló el tema así:

"Artículo 8. El artículo 2536 del Código Civil quedará así:

Artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término".

Como ya se mencionó, el artículo 11 de la Ley 1743 de 2014 otorgó la competencia al Consejo Superior de la Judicatura para cobrar las multas impuestas a las partes por los jueces de la República y los árbitros, en los procesos judiciales y arbitrales, así como en los incidentes de desacato a fallos de tutela, para lo cual la norma citada remite al artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, el cual, a su vez, re-envía al "procedimiento descrito en el Estatuto Tributario" (se destaca).

En esa medida, no resulta posible aplicar las normas sobre prescripción (incluyendo la relativa a su suspensión e interrupción) previstas en el Estatuto Tributario (artículos 817 y 818), pues, fuera de que dicha institución no es de naturaleza procesal, sino <u>sustancial</u>, como ya se explicó, las disposiciones referidas no forman parte del Título XVIII de dicha codificación, que es el que contiene *el procedimiento* de cobro coactivo.

Además, debe recordarse que las multas no tienen naturaleza tributaria, menos aún las impuestas por los jueces de la República en el curso de los procesos judiciales, razón por la cual dichas obligaciones no están reguladas, en general, por el Estatuto Tributario. A este respecto, la Corte Constitucional explicó que "(...) las multas no tienen naturaleza tributaria, como lo demuestra precisamente el artículo 27 del Decreto No. 111 de 1995 que las sitúa dentro de los ingresos no tributarios, subclasificación de los ingresos corrientes de la Nación" 109.

En esta media, sería necesario aplicar las normas del Código Civil sobre la prescripción, tal como fueron modificados por la Ley 789 de 2002, en armonía con las disposiciones pertinentes del Código General del Proceso.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que puede haber procesos de cobro coactivo que se iniciaron antes de la vigencia de la Ley 789, razón por la cual ha de considerarse, igualmente, lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887:

<sup>108 &</sup>quot;Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil".

<sup>109</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996.

"Artículo. 41.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Por lo tanto, para poder determinar con certeza qué procesos de cobro coactivo han prescrito y cuáles no, se debe realizar un estudio detallado de cada uno de ellos, teniendo en cuenta sus circunstancias de hecho, las pruebas que obren en el expediente y las normas que resulten aplicables. En esa medida, no es posible jurídicamente considerar que un proceso y, menos aún, un grupo de procesos, se encuentren prescritos, por el simple hecho de haber transcurrido determinado tiempo, por largo o extenso que sea.

En esa medida, cuando los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura se refieren a los "procesos prescritos", no puede entenderse que se refiera a los procesos de cobro coactivo en los que hayan pasado cinco (5) o más años desde su iniciación, desde la notificación del mandamiento de pago o desde otro hito, en particular, sino exclusivamente aquellos en los que se haya *declarado* formal y expresamente la prescripción, lo que conlleva la terminación efectiva del respectivo proceso.

Dado que el traslado de la competencia para el conocimiento de tales procesos ocurrió con motivo de la expedición de la Ley 1743 de 2014, y no de los decretos reglamentarios o de otro hecho posterior, tal declaración tendría que haber sido hecha, por el Ministerio de Justicia o por la autoridad que fuera competente, <u>antes de la entrada en vigencia de la citada ley</u>, pues posteriormente ya no podría ser hecha por tal autoridad, en razón a la pérdida de competencia que implicó para ella la promulgación de la Ley 1743.

En los demás casos, se trata de procesos vigentes, aunque se encuentren inactivos e, incluso, archivados (siempre que no hayan sido terminados por otra causa legal), en los que podría o no haber ocurrido la prescripción, según lo que se determine en cada caso, de acuerdo con las consideraciones jurídicas que se han efectuado previamente.

# b.2.) El principio de legalidad, la competencia administrativa y las atribuciones normativas del Consejo Superior de la Judicatura

El análisis de las normas constitucionales y legales que establecen las funciones y competencias del Consejo Superior de la Judicatura permite concluir claramente que ninguna de ellas lo faculta para atribuirse o quitarse competencias administrativas otorgadas por la ley.

En efecto, es importante recordar que uno de los principios esenciales de cualquier Estado de Derecho es el principio de legalidad, el cual, en nuestro medio, está contenido principalmente en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política<sup>110</sup>. De acuerdo con

<sup>&</sup>quot;Artículo 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".
"Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley

este principio, uno de los requisitos que condiciona la legitimidad de la actuación de las autoridades públicas es que se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por la ley, lo que genera para los servidores públicos la prohibición de actuar con omisión o extralimitación de sus funciones.

Con relación a las autoridades administrativas, las normas constitucionales citadas fueron desarrolladas por los artículos 4° y 5° de la Ley 489 de 1998, entre otros, que señalan las finalidades de la función administrativa y el carácter directo, expreso y, en principio, taxativo de las competencias administrativas:

**"Artículo 4º.** Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.

**Artículo 5º.** Competencia administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las <u>potestades y atribuciones inherentes</u>, de manera directa e inmediata, <u>respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo"</u>. (Se resalta).

La competencia ha sido entendida doctrinalmente como la "...esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente..."<sup>111</sup>.

Para la Sala, en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>112</sup>, la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo, que constituye un presupuesto indispensable para su conformación y se traduce en la potestad, capacidad, autorización o atribución que tiene una entidad o servidor público, o un particular en ejercicio de funciones públicas, para emitirlo.

Se han identificado, como factores que determinan la competencia: la materia, el territorio, el tiempo y la jerarquía113. El factor material, también conocido como "ratione materiae", que se refiere a las funciones y tareas que legalmente puede desempeñar la entidad, el órgano o el funcionario, según el carácter de la actividad a él encomendada por el ordenamiento jurídico, para el logro de los fines del Estado.

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público".

<sup>111</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires, 2009.

<sup>112</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 28 de mayo de 1998. Expediente 10507.

<sup>113</sup> Sobre los factores o clases de competencia, véase Dromi, op. cit.

Ahora bien, más que el hecho de que la competencia sea señalada por la ley, en sentido formal o en sentido material, pues no puede desconocerse que algunas competencias son atribuidas directamente por la Constitución y otras pueden ser fijadas por las ordenanzas departamentales, los acuerdos municipales y los "reglamentos ejecutivos", como lo dispone expresamente el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, lo más importante en esta materia, dentro de un Estado Social de Derecho, es que las competencias no sean asignadas, eliminadas, trasladadas, ampliadas ni modificadas autónomamente por las mismas autoridades que están llamadas a ejercerlas, con la sola excepción, quizás, del Congreso de la República, cuando actúa como constituyente derivado.

Así, la proscripción de la "auto-competencia" constituye, para la Sala, una cláusula esencial del Estado Social de Derecho, que se encuentra incorporada en varias normas de nuestra Carta Política.

Al revisar las normas constitucionales que establecen las funciones del Congreso de la República y del Consejo Superior de la Judicatura, resulta evidente que el Consejo Superior de la Judicatura no está facultado para condicionar, limitar o modificar, de cualquier otra forma, lo dispuesto por el legislador, sino apenas para complementarlo, en algunos casos.

En efecto, para el ejercicio de las competencias gubernativas y administrativas de la Rama Judicial, la **Constitución Política** creó el Consejo Superior de la Judicatura, con una Sala Administrativa y una Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El Consejo Superior de la Judicatura debe cumplir las siguientes funciones, conforme a lo previsto actualmente<sup>114</sup> por los artículos 256 y 257 de la Constitución Política:

"Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura <del>o a los Consejos Seccionales, según el caso 115</del> y <u>de acuerdo a la ley</u>, las siguientes atribuciones:

- 1. Administrar la carrera judicial.
- 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
- 3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley. (Derogado por el Acto Legislativo 2 de 2015)
- 4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.
- 5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.

<sup>114</sup> Después de la sentencia C-285 de 2016, emitida por la Corte Constitucional.

<sup>115</sup> Derogado por el Acto Legislativo 2 de 2015.

- 6. *Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.* (Derogado por el Acto Legislativo 2 de 2015)
- 7. Las demás que señale la ley".
- "Artículo 257. <u>Con sujeción a la ley</u>, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:
- "1. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.
- 2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.
- 3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, <u>en los aspectos no previstos por el legislador.</u>
- 4. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.
- 5. Las demás que señale la ley". (Subrayas de la Sala).

Debe recordarse que el artículo 15<sup>116</sup> del Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó el artículo 254 de la Carta, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-285 del 1° de junio de 2016, por lo que las funciones de administración y gobierno que tenía asignadas la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

<sup>116 &</sup>quot;Artículo 15. El artículo 254 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 254. El Gobierno y la administración de la Rama Judicial estarán a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Estos órganos ejercerán las funciones que les atribuya la ley con el fin de promover el acceso a la justicia, la eficiencia de la Rama Judicial, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial.

El Consejo de Gobierno Judicial es el órgano, encargado de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene. También corresponde al Consejo de Gobierno Judicial regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; expedir el reglamento del sistema de carrera judicial y de la Comisión de Carrera Judicial, cuya función será la vigilancia y control de la carrera; aprobar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno; aprobar el mapa judicial; definir la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial; supervisar a esta entidad, y rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República.

El Consejo de Gobierno Judicial estará integrado por nueve miembros: los Presidentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; el gerente de la Rama Judicial, quien deberá ser profesional con veinte años de experiencia, de los cuales diez deberán ser en administración de empresas o en entidades públicas, y será nombrado por el Consejo de Gobierno Judicial para un período de cuatro años; un representante de los magistrados de los Tribunales y de los jueces, elegido por ellos para un periodo de cuatro años; un representante de los empleados de la Rama Judicial elegido por estos para un período de cuatro años; tres miembros permanentes de dedicación exclusiva, nombrados por los demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial, para un período de cuatro años. Ninguno de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial podrá ser reelegido.

Los miembros permanentes de dedicación exclusiva mencionados en el inciso anterior estarán encargados de la planeación estratégica de la Rama Judicial y de proponer al Consejo de Gobierno Judicial, para su aprobación, las políticas públicas de la Rama Judicial. Deberán tener diez años de experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública. En su elección se deberá asequrar la diversidad de perfiles académicos y profesionales.

La ley estatutaria podrá determinar los temas específicos para los cuales los ministros del despacho los directores de departamento administrativo, el Fiscal General de la Nación, así como representantes de académicos y de los abogados litigantes participarán en las reuniones del Consejo de Gobierno Judicial".

y dicha corporación en pleno, continúan vigentes, pero ahora en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura (sin división alguna)<sup>117</sup>.

En la misma línea, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, *"Estatutaria de la Administración de Justicia"*, establece, entre las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, la siguiente:

"13. Regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, <u>en los aspectos no previstos por el legislador</u>," (Resaltamos).

Como puede observarse, todas las funciones a cargo del Consejo Superior de la Judicatura deben ser cumplidas por dicho órgano "de acuerdo a la ley" o "con sujeción a la ley" (artículos 256 y 257 de la Carta Política), lo que reitera claramente el principio de legalidad al que están sometidas todas las autoridades públicas.

Aunque es indudable que la Constitución y la ley le permiten expresamente al Consejo Superior "dictar reglamentos" o "regular", como lo menciona el artículo 85, numeral 13, de la Ley 270, es evidente que dicha facultad reglamentaria o, si se quiere, regulatoria, no es incondicional ni ilimitada, sino que se encuentra sujeta a precisos límites, contenidos en las mismas normas constitucionales y legales citadas.

En efecto, dichos reglamentos deben: (i) ser solamente "los necesarios", es decir, aquellos que resulten indispensables para garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia; (ii) estar relacionados con la organización y las funciones internas asignadas a los distintos cargos, o con la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, y (iii) lo que resulta más importante para los efectos de este conflicto, dichos reglamentos solo pueden expedirse "en los aspectos no previstos por el legislador".

Este último requisito debe entenderse desde una lógica reglamentaria, es decir, en cuanto a la necesidad de expedir las normas que se requieran para concretar y hacer posible el cumplimiento efectivo de la ley, en aquellos puntos que el legislador haya omitido, por tratarse de aspectos técnicos, operativos, administrativos u otros de carácter detallado. Pero mal podría entenderse que dicha facultad normativa pueda utilizarse para derogar, limitar, modificar o condicionar la ley o, incluso, para ampliar su alcance, adicionando sustancialmente temas o aspectos que el legislador no haya regulado. En cualquiera de estos casos, el Consejo Superior de la Judicatura estaría actuando con extralimitación de sus funciones e invadiendo la competencia del Congreso de la República, desconociendo de esta forma, no solamente la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sino también la Constitución.

Por estas razones, y aun manteniendo la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, la Sala considera que el parágrafo del artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10637 de 2017, modificado por el Acuerdo

<sup>117</sup> Ya que la Corte consideró exequible la eliminación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

PCSJA17-10674 del mismo año no puede ser interpretado de la forma en que pretende hacerlo la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el presente conflicto, es decir, en el sentido de que el Consejo Superior no es competente para conocer de los procesos de cobro coactivo que, al momento de entregarse los respectivos expedientes por parte del Ministerio de Justicia, se consideren "prescritos", por haber transcurrido determinado tiempo desde su inicio o desde otro punto, pues tal hermenéutica sería inadmisible, por resultar ostensiblemente contraria a la Constitución Política y a la ley, además de antitécnica, como ya se explicó.

Esta interpretación tendría otra consecuencia igualmente inaceptable, desde el punto de vista legal y constitucional, a saber: que la declaratoria de prescripción, de ser legalmente procedente en determinados casos, tendría que hacerla hoy en día el Ministerio de Justicia y del Derecho, a pesar de haber perdido competencia para conocer de dichos procesos desde hace más de tres (3) años, con lo cual la decisión que adoptara, ya sea en el sentido de declarar la prescripción de la acción de cobro y la terminación del respectivo proceso, o bien que dicha acción no ha prescrito y debe continuarse con el proceso, estaría claramente viciada de nulidad, por falta de competencia, e implicaría desconocer el derecho al debido proceso administrativo.

Debe recordarse que una de las consecuencias que tiene la prevalencia de las normas constitucionales sobre las otras disposiciones del ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 4º de la Carta Política, es que las normas de inferior jerarquía deben interpretarse en armonía con la Constitución, a menos que dicha hermenéutica no resulte posible, por existir una ostensible e insalvable contradicción o incompatibilidad entre la norma legal o administrativa y los preceptos superiores. Así lo manifestó la Sala en el concepto 2353 de 2017<sup>118</sup>:

"(...) con la expedición de la Carta Política de 1991, el principio de primacía de la Constitución vino a tener un nuevo y destacado impulso, en torno al cual se ha dado un amplio y profundo desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, principalmente, así como en la doctrina. En efecto, del artículo 4º de la Constitución se han derivado importantes consecuencias jurídicas, como las siquientes: (i) la declaratoria de inexequibilidad de las normas legales y con fuerza de ley que contradigan la Constitución, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes asignado a la Corte Constitucional; (ii) la declaratoria de nulidad, por parte del Consejo de Estado, de los decretos y demás actos administrativos de carácter general expedidos por el Gobierno nacional que desconozcan la Carta Política; (iii) la inaplicabilidad, en cada caso concreto, de las disposiciones legales y de otro orden que estén en oposición a las normas constitucionales, es decir, la llamada "excepción de inconstitucionalidad"; (iv) la derogatoria de los preceptos legales o de otro orden expedidos antes de una norma constitucional, que estén en clara contradicción con esta ("inconstitucionalidad sobreviniente"); (v) la regla de que, existiendo alguna incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal o de otra índole, ambas formalmente vigentes, debe prevalecer o aplicarse de preferencia la norma de la

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2353 del 19 de septiembre de 2017.

Constitución; (vi) <u>el deber de interpretar toda la legislación y las demás disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico, incluyendo los actos administrativos, a la luz de los principios y las normas constitucionales (interpretación constitucional), y (vii) la necesidad de llenar los vacíos que existan en la legislación, con la aplicación de los principios y las normas de la Carta Política, inclusive aquellos que forman parte del denominado "bloque de constitucionalidad en sentido estricto" (integración normativa constitucional)". (Subrayas añadidas).</u>

En consecuencia, la norma reglamentaria invocada en este caso por el Consejo Superior de la Judicatura, solo puede ser interpretada y aplicada en el sentido de que dicho órgano no es competente para conocer de los procesos de cobro coactivo en los que se haya declarado formal y expresamente la prescripción antes del 26 de diciembre de 2014, fecha de promulgación de la Ley 1743 de ese año.

#### 5. El caso concreto

La entidad competente para conocer del proceso de cobro coactivo No. 18497-00 iniciado por la Dirección Nacional de Estupefacientes y, por lo tanto, para resolver de fondo la solicitud presentada por el señor José Wilson Ocampo para que se declare la prescripción de la acción de cobro y el levantamiento de la medida cautelar, es el Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por las razones que se exponen a continuación:

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial expuso, como argumento para rechazar su competencia en el presente asunto, además de lo dispuesto en los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, que el artículo 11 de la Ley 1743 de 2014 remite al artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, el cual, a su vez, reenvía al Estatuto Tributario. Para el Consejo Superior, esta doble remisión significa, entre otras cosas, que los documentos que presten mérito ejecutivo para llevar a cabo ese tipo de cobros deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 828 del Estatuto Tributario<sup>119</sup>, dentro de los cuales se encontraría el de no encontrarse prescrito el título que dé lugar a la ejecución. De ahí deriva que el Ministerio de Justicia y del Derecho debió realizar un "saneamiento" de los respectivos procesos, antes de remitir los expedientes al Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de descartar, entre otros, aquellos que estuvieran "prescritos".

Ahora bien, tal como se explicó, el artículo 9 de la Ley 1743 de 2014 establece que los recursos provenientes de las multas impuestas por los jueces a las partes y a terceros, en

- 1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación
- 2. Las liquidaciones oficiales ejecutoriadas.
- 3. Los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.
- 4. Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.
- 5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales.
- **Parágrafo.** Para efectos de los numerales 1 y 2 del presente artículo, bastará con la certificación del Administrador de Impuestos o su delegado, sobre la existencia y el valor de las liquidaciones privadas u oficiales.
- Para el cobro de los intereses será suficiente la liquidación que de ellos haya efectuado el funcionario competente".

<sup>119</sup> Esta norma dispone:

<sup>&</sup>quot;Artículo 828. Títulos ejecutivos. Prestan mérito ejecutivo:

el marco de los procesos judiciales y arbitrales en todas las jurisdicciones, así como las impuestas en incidentes de desacato a fallos de tutela, serán consignados a favor de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

En desarrollo de lo establecido en la citada ley, el Presidente de la República, en ejercicio de las competencias otorgadas por los numerales 11 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 272 de 2015, cuyo artículo 20 dispone en lo pertinente:

"Artículo 20. Procesos de cobro coactivo. <u>Todos los procesos de cobro coactivo que estén siendo adelantados por el Ministerio de Justicia y del Derecho</u>, y que versen sobre multas impuestas en procesos judiciales con ocasión de la comisión de delitos por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, <u>serán transferidos al Consejo Superior de la Judicatura dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del <u>presente Decreto</u>" (subrayas de la Sala).</u>

De la lectura de la citada disposición, se puede establecer con claridad que la competencia para adelantar los procesos de cobro coactivo por multas impuestas por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes fue trasferida de manera completa, inmediata e incondicional al Consejo Superior de la Judicatura, esto es, sin consideración al estado en el cual se encontrara el respectivo proceso, siempre y cuando no hubiera terminado previamente por alguna de las causales previstas en la ley, entre las cuales se encuentra la declaratoria de prescripción de la acción de cobro respectiva. Para estos efectos, los Decretos 272 y 723 de 2015 fijaron el plazo dentro del cual debía hacerse la entrega de los expedientes por parte del Ministerio de Justicia del Derecho y su recepción por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Es necesario aclarar que dicho plazo no tuvo ni podía tener como efecto postergar el traslado de la competencia para conocer de los referidos procesos al Consejo Superior de la Judicatura, por lo que dicho organismo asumió plenamente la competencia en esta materia al entrar en vigencia la Ley 1743 de 2014, es decir, el 26 de diciembre de 2014, fecha de su promulgación.

De lo anterior se infiere que, dentro de dicho plazo, el Ministerio de Justicia y del Derecho no estaba facultado para continuar con el trámite de los procesos de cobro coactivo, ni para adoptar decisiones interlocutorias o de fondo que implicaran impulsar, resolver o terminar tales actuaciones.

En consecuencia, el Consejo Superior de la Judicatura, del cual forma parte la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, tampoco tenía ni tiene la facultad para rechazar los procesos que, a su criterio, se encuentren "prescritos", si se tiene en cuenta que la prescripción debe ser <u>declarada por la autoridad competente</u> en cada caso concreto, autoridad que hoy en día es el Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, por mandato legal. Es decir, que los procesos que se trasladaron

a ese organismo, y que este pretende rechazar, solo podrían considerarse terminados por prescripción cuando la autoridad competente los haya declarado o los declare así.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que en el presente caso ha transcurrido un tiempo considerable desde que el proceso de cobro coactivo se inició (año 2001), sin que las autoridades que han tenido sucesivamente la competencia para tramitar-lo hayan realizado las actuaciones y adoptado las decisiones necesarias para lograr el recaudo efectivo de las sumas de dinero adeudadas al Estado, que es el objetivo final que se persigue con este procedimiento, lo cual entraña un aparente incumplimiento de varios de los principios de la función administrativa, tales como los de economía, celeridad, eficacia y eficiencia.

Por lo tanto, conforme a lo explicado en esta decisión, y en virtud de los principios de colaboración armónica y coordinación entre las diferentes ramas, órganos y entidades del poder público (artículos 113 de la Constitución Política; 3, numeral 10°, del CPACA, y 6 de la Ley 489 de 1998), se requiere que el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- realicen, de la manera más rápida, armoniosa y eficiente posible, la entrega y recibo de este expediente de cobro coactivo y de todos los demás que se encuentren en una situación similar, para lo cual el Ministerio de Justicia debe suministrar al Consejo Superior toda la información que este requiera, en forma completa, clara y organizada.

Finalmente, la Sala observa que cuando la ley traslade competencias de una rama, órgano o entidad del Estado a otra, debería ocuparse igualmente de trasladar o asignar los recursos humanos, financieros y materiales que sean necesarios para que la rama, órgano o entidad a la cual se traslade la función, pueda hacerse cargo de la misma efectivamente y en un corto tiempo.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR COMPETENTE** al Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- para conocer del proceso de cobro coactivo No. 18487-00 que se tramita contra el señor José Wilson Ocampo Giraldo, y para resolver, en consecuencia, la solicitud presentada por dicho peticionario para que se declare la prescripción y el levantamiento de la medida cautelar practicada sobre un bien inmueble de su propiedad.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente de la referencia a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo, para que continúe con la actuación administrativa de manera inmediata.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa-, a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al Ministerio de Justicia y del Derecho, y al señor José Wilson Ocampo Giraldo.

**CUARTO. RECONOCER** personería al abogado César Augusto Contreras Suárez como apoderado del Consejo Superior de la Judicatura.

**QUINTO. ADVERTIR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, como lo dispone expresamente el inciso 3° del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

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

 Conflicto negativo de competencias administrativas entre la Alcaldía Municipal de Medellín – Dirección Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado, Superintendencia de Notariado y Registro y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD.

Asunto: Competencia para inscribir y cancelar en el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA, las medidas de protección patrimonial de bienes urbanos abandonados por causa de la violencia y el desplazamiento forzado.

#### Radicado 2018-0079

Fecha: 05/09/2018

Consejero Ponente: Édgar González

#### I. ANTECEDENTES

Los antecedentes del presente conflicto de competencias administrativas se pueden sintetizar en la siguiente forma:

- 1. El 11 de mayo de 2017 el señor Juvenal Alzate Agudelo, desplazado por la violencia según consta en el Registro Único de Víctimas<sup>120</sup> (Folio 29 y ss.), presentó un derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas<sup>121</sup>, en adelante también la UAEGRTD, con el fin de solicitar la imposición de medidas de protección de carácter individual sobre un inmueble urbano<sup>122</sup> de su propiedad ubicado en la ciudad de Medellín (Folio 21 y ss.).
- 2. El 18 de septiembre de 2017 la UAEGRTD, mediante la Resolución No. RA01790 (Folios 38 a 39 vto.), resolvió remitir por competencia la solicitud del señor Juvenal Alzate Agudelo a la Alcaldía Municipal de Medellín por tratarse de un predio localizado en área urbana. Esta Resolución dispuso lo siguiente:

<sup>120</sup> La Ley 1448 del 10 de junio de 2011, "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones" estableció en el artículo 154 que "La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, será la responsable del funcionamiento del Registro Único de Víctimas". La misma ley, mediante el artículo 166, creó la mencionada Unidad "como una Unidad Administrativa Especial con personería juridica y autonomía administrativa y patrimonial, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República". En la actualidad, dicha Unidad se encuentra adscrita al Sector Administrativo de la Inclusión Social y la Reconciliación, encabezado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS, de conformidad con los artículos 1.1.1 y 1.2.1.1 del Decreto 1084 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación".

<sup>121</sup> Esta Unidad fue creada por el artículo 103 de la Ley 1448 de 2011 en los siguientes términos:

<sup>&</sup>quot;Artículo 103. Creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas por el término de diez (10) años, como una entidad especializada de carácter temporal, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente. Su domicilio está en la ciudad de Bogotá y contará con el número plural de dependencias que el Gobierno Nacional disponga, según lo requieran las necesidades del servicio".

El Decreto 1071 del 26 de mayo de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural", en el numeral 3º del artículo 1.2.1.1, menciona efectivamente a la UAEGRTD como una entidad con personería jurídica, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

<sup>122</sup> El Decreto 1071 de 2015, DUR del Sector Agropecuario, trae en el artículo 2.15.1.1.2, el cual se encuentra dentro de la "Parte 15" referente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD, una serie de definiciones en esta materia de restitución de tierras, es decir, específicas en este campo jurídico, entre las que se encuentra la de "predio urbano" que dice así:

<sup>&</sup>quot;Artículo 2.15.1.1.2. Definiciones. Para los efectos de la presente Parte se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

<sup>13.</sup> Predio urbano. Es el predio localizado dentro del perímetro urbano, de conformidad con las normas de ordenamiento del territorio, bien sea el Esquema de Ordenamiento Territorial – EOT, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial – POT o el Plan de Ordenamiento Territorial – POT.

"ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar en cumplimiento de lo establecido por el art. 21 de la Ley 1437 de 2011, trasladar por competencia la presente solicitud, respecto de la medida de protección del predio identificado con matrícula No. 001-809156, por ser de naturaleza urbana.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena expedir copia de lo actuado, para que repose en el archivo de esta entidad y se ordena la remisión de la solicitud original con todos sus anexos a la Alcaldía del Municipio de Medellín" (Folio 39).

- 3. El 26 de octubre de 2017 la Directora Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a las Víctimas, de la Secretaría de Inclusión Social, Familia y Derechos Humanos, de la Alcaldía de Medellín, remitió la mencionada solicitud de protección de predio urbano, "por asuntos de competencia", al Registrador de Instrumentos Públicos de la Zona Norte de la ciudad de Medellín (Folios 15 y 15 vto.).
- 4. El 1º de noviembre de 2017 el Coordinador del Grupo de Gestión Jurídica Registral de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Zona Norte de la ciudad de Medellín, respondió la comunicación mencionada en el punto anterior, en la siguiente forma:

"Con relación a lo solicitado en el asunto de la referencia, me permito informarle que esta Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP), se abstiene de inscribir medidas de protección por ruta individual (RUPTA), ya sea imponiéndolas o cancelándolas respecto a predios urbanos, correspondientes a bienes inmuebles de este círculo registral, ordenada por la Alcaldía de Medellín (Municipio de Medellín), habida cuenta de existir un acto administrativo, denominado como (sic) instrucción administrativa No. 10 del 19 de julio de 2016, emanado (sic) de nuestro superior jerárquico, esto es, la Superintendencia de Notariado y Registro (SNR) que nos ordena recibir RUPTA, sólo a nombre de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas 'UAEGRTD', donde expresa lo siguiente:

- "... ASÍ LAS COSAS, PARA CONTINUAR PRESTANDO EL OPORTUNO SERVICIO EN LAS INSCRIPCIONES RELACIONADAS CON LA MEDIDA DE PROTECCIÓN POR RUTA INDIVIDUAL: RURAL Y URBANA, LA UAEGRTD DEBERÁ RADICAR EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS CORRESPONDIENTE, EL RESPECTIVO ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA INSCRIPCIÓN O CANCELACIÓN DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN ..." (Folio 8).
- 5. El 2 de abril de 2018 la Directora Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado, Subsecretaría de Derechos Humanos, Secretaría de Inclusión Social, Familia y Derechos Humanos, de la Alcaldía del Municipio de Medellín, presentó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la solicitud de solución del conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre esa Alcaldía municipal, la UAEGRTD y la Superintendencia de Notariado y Registro, acompañada de una serie de anexos (Folios 1 a 50).

En dicha comunicación se señala que la solicitud para resolver el conflicto, se refiere "en cuanto a la entidad competente para emitir acto administrativo de Medidas de Protección y cancelación de predios urbanos por Ruta Individual" (Folio 1) y se precisa la petición a la Sala en estos términos:

"Con base en los anteriores hechos y teniendo en cuenta su facultad para dirimir conflictos de competencia negativa solicitamos su concepto acerca de quién debe emitir los actos administrativos relativos a la anotación y cancelación de los predios urbanos despojados y abandonados de las víctimas del conflicto armado" (Folio 2).

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (Folio 52).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Alcaldía del Municipio de Medellín, a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD y a la Unidad para la Atención Integral a las Víctimas (Folios 53 y 54).

#### 1. AUDIENCIA PÚBLICA

La Sala encontró oportuno escuchar en una audiencia pública, a los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAE-GRTD, del Equipo de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado de la Alcaldía del Municipio de Medellín y de la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro, con el fin de que expusieran a la Sala la problemática que suscitó el conflicto administrativo planteado y, a su vez, brindaran y suministraran la información disponible sobre el asunto.

Dicha audiencia se celebró en Bogotá el 17 de julio de 2018 a las 8 a.m., y en ella participó desde Medellín, por el sistema de videoconferencia, la funcionaria delegada para la diligencia por la Alcaldía de esa ciudad.

A continuación se extraen los argumentos más relevantes de cada uno de los intervinientes en la audiencia pública:

# a. Superintendencia de Notariado y Registro

**El Dr. Carlos Alberto Marín Ariza**, Superintendente Delegado para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, manifestó:

"La Superintendencia se limita a ratificarse en lo dicho en la contestación del conflicto de competencias administrativas, en el entendido que las funciones asignadas a la Superintendencia están circunscritas a la Ley 1579 de 2012 – Estatuto del Registro Público-. Asimismo, a raíz de la Ley 1448 de 2011 surgió el Decreto 2723 de 2014, cuyo artículo 4º dispone:

"Artículo 4. Objetivo. La Superintendencia de Notariado y Registro tendrá como objetivo la orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los Notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos, la organización, administración, sostenimiento, vigilancia y control de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de garantizar la guarda de la fe pública, la seguridad jurídica y administración del servicio público registral inmobiliario, para que estos servicios se desarrollen conforme a la ley y bajo los principios de eficiencia, eficacia y efectividad."

Nosotros como Superintendencia veníamos siendo coadministradores del RUPTA. Surgió el Decreto 2365 que liquidó el INCODER y trasladó el RUPTA a la Unidad. Nosotros hasta ahí veníamos con la Instrucción Administrativa 07, pero a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2365, se expidió la Instrucción Administrativa 10 de 2016, dando las instrucciones pertinentes, en la medida en que nosotros ya no éramos coadministradores del RUPTA. Entendíamos igual dentro de esta normatividad de la Sentencia T-1037, pues estaba en ese entonces la función en cabeza de otra entidad. La función que hacemos es obedecer y hacer el registro de lo que nos llegue. El sustento principal del traslado del RUPTA a una sola entidad era armonizar el proceso de restitución patrimonial con el de restitución de tierras.

Las solicitudes que se han efectuado hasta la fecha para cancelar o levantar medidas de protección no se han podido reversar porque precisamente debe ser a petición de la entidad responsable, que a nuestro juicio no está plenamente esclarecido a quien le corresponde. Sin embargo, para nosotros la protección de predios comprende tanto lo urbano como lo rural.

El 11 de diciembre de 2017, la Superintendencia de Notariado y Registro le solicitó a la Dirección General de la Unidad que se pronunciara respecto al tema de predios urbanos pero hasta la fecha no hemos recibido respuesta."

**La Dra. Patricia García Díaz**, Coordinadora del Grupo de Protección y Restitución de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro, indicó:

"La Superintendencia de Notariado y Registro es una autoridad administrativa que a través de sus oficinas de registro de instrumentos públicos, tiene como finalidad publicitar los actos y contratos que una autoridad judicial o administrativa con competencia para ello, determine en el derecho. En este orden de ideas, no podemos ir más allá de las competencias que tienen las oficinas de registro. Por ello se trazó una ruta patrimonial de protección de predios rurales y una ruta de protección patrimonial de predios urbanos, en cumplimiento de la Sentencia T-1037 de 2006. (...)

Las oficinas de registro de instrumentos públicos no pueden entrar a definir derechos sobre bienes inmuebles, solamente van a publicitar las modificaciones o situaciones que se presenten en dichos predios.

Con la liquidación del INCODER, no tenemos acceso al RUPTA, por esta razón se generó la Instrucción Administrativa No. 10 revocando el procedimiento que existía antes. Nosotros solamente estamos haciendo vigilancia en los folios de matrícula inmobiliaria, no reconociendo ningún tipo de derecho pues no tenemos competencia para ello, solo para prestar el servicio registral de manera eficiente.

Una cifra que se debe tener en cuenta, de ruta individual urbana que está ingresada en RUPTA de predios que tienen protección patrimonial asciende a 12.851 folios de matrícula inmobiliaria. Por eso es necesario que se establezca un procedimiento y un responsable de verificar si la persona que está solicitando la protección realmente reúne los requisitos de población desplazada y de esta manera que se emita un acto o título que sea sujeto a registro que nos permita publicitar esa información en el folio de matrícula inmobiliaria."

• El Consejero Dr. Álvaro Namén Vargas le preguntó: ¿Con anterioridad a la liquidación del INCODER registraban predios urbanos y rurales?

R/ "Sí, lo empezamos a hacer a raíz del cumplimiento de la Sentencia T-1037 de 2006, y por eso expedimos la Instrucción No. 07 de 2015, en donde estábamos regulando ese procedimiento, lo hacíamos en ese momento porque coadministrábamos el RUPTA y como tal teníamos acceso al aplicativo y podíamos ingresar las solicitudes que nos enviaban las alcaldías. Con la liquidación del INCODER, perdimos esa competencia. En este momento, solo inspeccionamos que las inscripciones se hagan bien en los folios de matrícula inmobiliaria.

El procedimiento de protección de la ruta urbana era el contenido en la Instrucción No. 07, el proceso se adelantaba ante la alcaldía y la alcaldía lo remitía a la Superintendencia Delegada de Tierras y esta lo enviaba a la oficina de registro correspondiente. (...)".

 El Consejero Dr. Álvaro Namén Vargas le preguntó: ¿Lo anterior quiere decir que existía un principio de coordinación entre entidades territoriales y los administradores del RUPTA? ¿Tenían claridad que el RUPTA incluía los dos tipos de predios?

R/ "En materia urbana, las alcaldías recepcionaban la solicitud y ellos lo remitían a la Superintendencia Delegada de Tierras. Solamente recepcionaban."

• El Consejero Dr. Germán Bula Escobar le preguntó: ¿Cuál es la distinción entre lo urbano y lo rural? ¿Cómo se manejan los municipios muy pequeños, hay alguna clasificación de municipios?

R/ "La diferenciación está en el Plan de Ordenamiento Territorial de cada municipio. En materia del conflicto armado no tendría diferencias. En las competencias nuestras de publicitar actos y contratos sí existen diferencias porque los requisitos que se presentan para

fraccionar un predio rural que fue adjudicado inicialmente como baldío, por ejemplo, o los requisitos que debe cumplir un documento público para desenglobar los bienes urbanos, tienen una normatividad especial, son dferentes."

• El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó: ¿Hay solicitudes de registros de protección de predios urbanos que no se han podido desanotar porque ninguna entidad ha asumido esa competencia? ¿Estaban registrados bajo el régimen anterior pero bajo el nuevo régimen no se han podido desanotar?

R/ "Así es, las inscripciones de protección patrimonial que bajo el amparo de la Sentencia T-1037 y de la Instrucción No. 07 de 2015 se hicieron en los folios de matrícula, en este momento no tenemos el mismo procedimiento para predios urbanos y no podemos proceder a desanotar."

**La Dra. Helga Inés Díaz Carrillo**, Profesional Especializado de la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, expuso:

"En este momento nos están llegando acciones de tutela a las Oficinas de Registro ordenando desanotar las medidas en predios urbanos. En el caso de un predio en Suba, se dio una tutela en donde el Juez falló a favor de la Oficina de Registro y al apelar, el Tribunal dio la orden a la Oficina de Registro para cancelar la medida de protección, en esa oportunidad se hizo por la orden judicial, de oficio no se puede efectuar.

En el caso de Medellín, también se han presentado acciones de tutela por el mismo motivo."

# b. Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD

# La Dra. Claudia Patricia Correal Melo, Directora Jurídica, expresó:

"La naturaleza juridica de la protección predial tiene su génesis en la Ley 387 de 1997 (...). Como bien lo señala esta norma, era el INCORA, en su momento, quien tenía que llevar el registro de predios rurales, ahí es donde empieza el tema legal de la administración del RUPTA. Después vemos que el Decreto 3759 de 2009 establece ya en cabeza del INCODER la administración de este Registro por cuanto desaparece el INCORA. Posteriormente, el Decreto 2365 de 2015 (cuando ya entra en liquidación el INCODER) transfiere la administración del RUPTA a la Unidad de Restitución de Tierras. Este traslado a la Unidad lo hace precisamente teniendo como fundamento la Ley 387 de 1997 en donde establece el registro de predios rurales.

Nosotros tenemos también el cumplimiento del Auto 373 de 2016 de la Corte Constitucional, una obligación de articular el procedimiento de registro de tierras despojadas con el Registro de Predios RUPTA. Dentro de esa administración y articulación, nosotros tenemos que establecer un procedimiento reglado y no discrecional, por eso es que nosotros entramos a determinar cómo va a ser el procedimiento para protección de predios y en temas de restitución de tierras. Ahí es donde tenemos que entrar a mirar las calidades jurídicas del propietario, poseedor o del ocupante, lo importante es que tenemos que hacerlo de una manera reglada y con fundamento en la Ley 387 de 1997 que es la que nos establece la competencia respecto de predios rurales, no urbanos. (...).

En temas de predios urbanos, encontramos que no existe ningún pronunciamiento legal respecto del mismo, tenemos solamente antecedentes mediante la interposición de tutelas que son las Sentencias T-1037 de 2006 y T-821 de 2007, en donde hace una diferenciación en temas de protección y le asigna a las alcaldías la protección de predios urbanos, teniendo en cuenta que las alcaldías son quienes cuentan con mecanismos más expeditos para la atención eficaz y oportuna de los ciudadanos que están en zonas urbanas."

#### El Dr. José Francisco Calderón Palacios, Coordinador del RUPTA, manifestó:

"El Ministerio de Agricultura, a través del Decreto 2051 de 2016, vino a regular la administración del RUPTA y esa competencia funcional que tiene la Unidad en materia de este registro, basándose fundamentalmente en los presupuestos del artículo 19 de la Ley 387 de 1997 y vuelve a hacer referencia al Registro de Predios Rurales. En ese sentido, la competencia que se regula en cabeza de la Unidad se refiere específicamente a lo normado en la Ley 387 de 1997 respecto de predios rurales. Precisamente en ese procedimiento reglado y no discrecional que adopta la Unidad, se evidencia que no tenemos competencia funcional atribuida mediante un instrumento legal sobre la protección de predios urbanos. Con base en eso, la Unidad brinda todos los lineamientos internos al evidenciar que los procedimientos que venía adelantando el INCODER, la Superintendencia de Notariado y Registro, de forma articulada, fueron derogados a través del Decreto 2051, del Decreto de transferencia de competencias 2365 y de la Instrucción Administrativa No. 10 de 2016 de la Superintendencia de Notariado y Registro que especialmente derogó todos los lineamientos internos en materia de protección tanto urbana como rural.

- (...) Respecto de lo urbano quedó en una indefinición normativa propia de no contar con una ley específica que regule el derecho de protección de predios de población desplazada en zonas urbanas. Ese es el marco legal con que contamos y a través del cual podemos concluir que no existe una competencia funcional asignada a la Unidad y como entidad estatal sujeta a un orden reglamentado y legal."
  - El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó a la Unidad si al parecer el fallo de tutela T-1037 de 2006 asignó una competencia compartida entre el INCODER y la Alcaldía del Municipio de Ocaña. También le manifestó a la Unidad que la Sala encontró que este fallo es anterior a las normas de creación de la Unidad.

R/"La Corte lo que entendió fue una asimilación del tema de protección, el RUPTA, como registro surge de la protección de la Ley 387 de 1997 y se refiere a predios rurales pero no habla del derecho de protección de predios urbanos. La Corte hizo una asimilación en la atención de estos casos y lo que dijo fue articúlense para que quede un registro, esa articulación se entiende como instrumento de predios rurales y no urbanos (SIC)."

 El Consejero Dr. Álvaro Namén Vargas le preguntó a la Unidad: ¿La administración del RUPTA qué predios abarca y qué naturaleza? ¿Qué implica y qué trámites deben hacerse para cumplir las medidas de protección? ¿Cuáles son las gestiones que se tienen que hacer? ¿Qué tipo de medidas y qué efectos tiene y quién hace el seguimiento a las medidas?

R/ "La transferencia de la administración del RUPTA viene de la Ley 387 de 1997 y por ende consideramos que es sobre predios rurales. Según el cumplimiento del Auto 373 de 2016, la Unidad tuvo que articular los procedimientos de restitución y de RUPTA para poderlos atender. Lo que tenemos planteado es que en zonas en las que tengamos intervención (dadas las condiciones de seguridad) van a tener prioridad en dichas zonas. En zonas en donde no hayan condiciones de seguridad o no se haya microfocalizado no entramos a proteger esos predios. (...)

En cuanto a los efectos de las medidas de protección, existe la orden explícita a los Registradores de impedir actos de enajenación, sin que medie la voluntad del titular del derecho."

• El Consejero Dr. Álvaro Namén Vargas le preguntó: ¿La Unidad se enteraba de las medidas que se venían adoptando por las alcaldías para la protección de predios urbanos, en virtud de la normativa que regía con anterioridad?

R/"A partir de que se transfiere la competencia en diciembre de 2015 a la Unidad, hubo un periodo de transferencia del INCODER a la Unidad y que vino a concretarse en octubre de 2016, a partir de la entrega definitiva por parte del INCODER. Es hasta diciembre de 2016 que nos vienen a regular la competencia, antes de eso no se había podido iniciar operativamente la administración del RUPTA por parte de la Unidad. Las primeras decisiones a partir de diciembre de 2016, articuladamente las entidades del orden territorial y nacional empiezan a remitirnos por competencia los casos, que ellos consideran debe tramitar la Unidad de Restitución de Tierras, dentro de los cuales nos han trasladado varios casos de predios urbanos que desde luego por competencia hemos tenido que remitir a las alcaldías competentes. Un caso bastante importante de remisiones es el de Medellín y de Bogotá; eso para decir que sí hemos sido informados acerca de la protección o cancelación en predios urbanos pero por falta de competencia no los hemos podido transferir (...)."

El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó: La Ley 1448 de 2011 creó la Unidad y el Decreto 1071 de 2015 (artículo 2.15.1.1.1) establece el objeto de la Unidad, se habla en general que la Unidad adelantará el registro de predios debidamente identificados, sin aclarar qué tipo de predios. Por su parte, el artículo 2.15.1.1.2 del Decreto 1071 de 2015 define los predios urbanos y los rurales y establece una diferenciación. ¿Cuál es la opinión de la Unidad sobre esta norma?

R/ "En materia de protección de predios, nuestro fundamento normativo de la Ley 387 de 1997 hace referencia solamente a predios rurales, mientras que en materia de restitución de tierras tenemos una asignación de competencia funcional mucho más amplia en atención a esta población víctima del conflicto armado de despojo o abandono."

• El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó: ¿El registro de tierras hace referencia a predios urbanos y rurales?

R/ "Sí, hay que tener en cuenta que el registro de tierras es un instrumento propio de la Ley 1448 de 2011 que se regula en el Decreto 1071. Sin embargo, el RUPTA es un registro que plantea otra norma desde 1997, en atención a la población. El registro de tierras se dirige a despojados y no a desplazados, lo cual tiene implicaciones jurídicas diferentes. Son dos instrumentos diferentes."

• El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó: ¿Cuál es su opinión del Decreto 2051 de 2016, citado por varias de las partes dentro de este conflicto, en donde afirman que se refiere tanto a predios urbanos como rurales?

R/ "La potestad reglamentaria del Ministerio de Agricultura se sujeta a la jerarquía normativa y lo que hace es desarrollar el fundamento legal de la Ley 387 de 1997. En ese sentido, a pesar de que el Decreto 2051 de 2016 no hace una definición explicita sobre predios urbanos y rurales, si atiende en los considerandos a su fundamento normativo que es la Ley 387 de 1997 y en una interpretación armónica debemos entender que solo nos referimos a predios rurales toda vez que la potestad reglamentaria no puede exceder esa potestad del Congreso de la República."

• El Consejero Ponente Dr. Édgar González López le preguntó: Cuando se habla de la Instrucción Administrativa No. 7 de 2015 y la Circular 595 del mismo año, debía entenderse que la protección era tanto para predios urbanos como rurales, es decir que la competencia era exclusiva de la Superintendencia de Notariado y Registro. Quisiera saber, ¿Cuál es su opinión del alcance de las normas en cita de la Superintendencia de Notariado y Registro en donde están referidos tanto predios urbanos como rurales?

R/ "La Superintendencia sí tenía claro como tal el procedimiento y para el efecto tenía unas cartillas para temas tanto rurales como urbanos. Si era rural, se remitía al INCODER, si era urbano se remitía a las alcaldías y establecían el procedimiento. (...) Si analizamos la Instrucción Administrativa No. 10, determina que como la administración del RUPTA la tiene la Unidad de Restitución de Tierras entonces será la Unidad la que tiene la competencia. Si revisamos la Instrucción No. 10 no hace un análisis como tal del por qué, simplemente por tener la administración del RUPTA, nos dice que tenemos que definir tanto lo urbano como lo rural y en esos términos da la orden a las Oficinas de Registro que no pueden inscribir si no proviene de la Unidad.

Es importante resaltar la diferenciación conceptual entre lo que es el RUPTA, como instrumento de la Ley 387 y la protección predial urbana y que como tal no tiene fundamento legal explícito y por ende no puede entenderse asimilado al RUPTA. Debemos hablar de protección urbana sí, pero diferente a hablar de RUPTA urbano, a partir de esta diferenciación conceptual es que la Unidad plantea no tener competencia frente al RUPTA urbano. (...). Al existir una indefinición normativa, la ruta de protección urbana se queda 'huérfana'".

# c. Dirección Técnica del Equipo de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado de la Alcaldía del Municipio de Medellín

La Dra. Luz Marina Hernández Robledo, Profesional Jurídico en Prevención, expresó:

R/ "En Medellín tenemos un protocolo interno para la verificación de los predios para poder hacer las remisiones respectivas para proceder a imponer o cancelar las medidas. En este momento, el mayor inconveniente que tenemos es con las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y específicamente para la cancelación y protección de predios. Hemos tenido 2 acciones de tutelas en las cuales los juzgados han ordenado a la Alcaldía de Medellín emitir el respectivo acto administrativo para proceder a la cancelación, así hemos procedido hasta tanto la Superintendencia de Notariado y Registro establezca un nuevo procedimiento. La publicitación en los certificados de tradición no ha sido posible de realizar. Estamos en manos del Consejo de Estado para que nos dé una luz al respecto."

# d. Preguntas finales

 El Consejero Dr. Germán Bula Escobar preguntó a la Unidad: Se habló de microfocalización, supondría que el tratamiento a las normas de protección y restitución está ligado a los entornos que generan una especie de suposiciones sobre despojo en ciertos sitios. ¿A qué se refieren?

R/ "En temas de restitución, para que la Unidad pueda entrar a tramitar las solicitudes, se requiere que esté microfocalizada la zona y esto obedece a que tengamos condiciones de seguridad, a la densidad del despojo y a que haya oportunidad de retorno por parte de las víctimas. Nosotros atendemos las solicitudes de restitución de las personas que fueron despojadas y obligadas a vender o abandonar sus predios. La restitución se hace de manera gradual y progresiva siempre que se garantice la seguridad, esto lo define el Ministerio de Defensa."

 El Consejero Dr. Germán Bula Escobar preguntó a la Unidad: ¿La idea que ustedes tienen de la protección de los derechos en lo urbano, es que allí la protección tiene alguna diferenciación con lo rural? Se requiere micro focalización en lo urbano?

R/ "La Ley 1448 en temas de restitución sí prevé que para que la Unidad pueda proceder a la restitución debe estar micro focalizada y para ello debe ser segura."

El Consejero Ponente Dr. Édgar González López preguntó a la Unidad: Según el Decreto 2051 de 2016, entiendo que en el RUPTA se incluyen aquellas solicitudes de predios abandonados forzosamente, con la duda de a qué predios se refiere. En cuanto a la integración del sistema debería ser un solo RUPTA para medidas de protección tanto en predios rurales como urbanos? ¿Tendría sentido tener un RUPTA distinto para lo urbano y lo rural? ¿Sería lógico que el RUPTA lo manejen dos entidades distintas?

R/ "En ese respecto, más allá del ámbito normativo que hemos expuesto, también es importante destacar que históricamente las alcaldías han jugado un papel muy importante

en todo lo que es la protección urbana bajo el entendido que tienen los mecanismos más rápidos y eficaces y tienen la población ahí para poder darle una atención. Hemos resaltado mucho los lineamientos de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-025 y todos sus Autos de seguimiento, en atención a la población desplazada, en la cual en su línea jurisprudencial el papel de los entes territoriales ha jugado un papel muy importante de articulación en la primera atención y gestión. En ese sentido, consideramos que al no existir la competencia funcional asignada a la Unidad y al existir este precedente de los entes territoriales, son los entes territoriales quienes deben entrar a efectuar ese análisis de fondo que permite salvaguardar los derechos de las víctimas. (...)"

En ese sentido apoyamos a la Superintendencia de Notariado y Registro en el sentido de la necesidad de aclarar en el procedimiento quién es el ente encargado que debe emitir el acto administrativo para ordenar la publicidad en el certificado de libertad de la medida para proteger y prevenir el despojo en Colombia, cualquiera que sea el sitio rural y urbano. Medellín es la ciudad que mayor despojo, desplazamiento y abandono forzado de predios presenta en el país."

#### 2. DOCUMENTACIÓN ALLEGADA POR LAS PARTES

En la audiencia en mención, las partes informaron a la Sala la existencia de documentación que resultaba útil para resolver el conflicto de competencias administrativas. Por lo anterior, el Consejero Ponente, mediante Auto del 25 de julio de 2018, consideró procedente oficiar a las partes para que allegaran los documentos citados, con fundamento en lo dispuesto por el último inciso del parágrafo 2º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

#### Documentos allegados:

- a. Por parte de la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, de la Superintendencia de Notariado y Registro (175 folios):
- (i) Instrucciones Administrativas No. 07 de 2015 (derogada- inscripción de predios urbanos), 10 de 2016 (nuevo procedimiento para la inscripción de medidas de protección patrimonial para predios rurales y urbanos) y 15 de 2018 (inscripción y cancelación en predios rurales).
- (ii) Circulares 595 de 2015 (derogada –remisión de solicitudes de protección de predios urbanos); Circular 949 de 2017 (cancelación de medidas de protección por ruta colectiva para predios rurales).
- (iii) Oficio No. SNR 2017EE048069 del 11 de diciembre de 2017 dirigido a la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por medio del cual la Superintendencia de Notariado y Registro Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, solicita indicar la competencia para la inscripción y cancelación de medida de protección de predios urbanos.

- (iv) Acciones de tutela promovidas por los siguientes ciudadanos en contra de la Superintendencia de Notariado y Registro:
  - Margarita María Álvarez Rodríguez. Expedientes No. 2018-00065 y 2018-00055.
  - Jairo Díaz Molano. Expedientes No. 2018-00084 y 2018-00097 (fallo concede el amparo).
  - León Jairo Álvarez. Expediente No. 2018-00043.
  - Bertha Dederle Sulbarán. Expediente No. 2018-00233.
    - Por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD (9 folios):

La Unidad en el documento remisorio de la documentación, manifestó a la Sala:

"En cuanto a las gestiones en materia de protección predial urbana adelantada por las alcaldías municipales, en articulación con la Superintendencia de Notariado y Registro y el INCODER, sea lo primero manifestar que cuando se generó la transferencia de información por parte de esta última entidad a la URT, remitió una base de datos con 56.322 registros de ruta individual y 130.106 de colectiva, la cual presenta una información precaria con muchos vacíos, lo que resta fiabilidad de esa fuente de información.

A lo anterior, se suma la dificultad de que no fueron transferidos archivos físicos de ninguno de los registros de ruta colectiva y menos del 5% de los de la individual, lo que no permite tener soportes para contrastar la información (...).

Ahora bien, de los 186.428 registros recibidos del INCODER, solo 56.617 (30% del total) cuentan con información de la naturaleza del predio (rural o urbano), de los cuales solo 161 se presentan como urbanos con un estado de trámite que permite inferir razonablemente que fueron inscritos en el sistema de información que manejaba esa entidad.

*(…)* 

Por otro lado, respecto de los casos que han sido recibidos directamente por parte de la URT, desde que se cuenta con la competencia reglada para gestionar las rutas de protección predial rural individual y colectiva, no existe registro respecto a la inclusión en el RUPTA de predios urbanos, toda vez que como se ha expuesto ante el Honorable Consejo de Estado, nuestra entidad no tiene competencia funcional para adoptar o cancelar medidas de protección predial urbana por la ruta individual que adelantaron otras entidades. (...)" (Folio 373).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas adjuntó el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que resolvió la impugnación de la tutela promovida por el señor Jairo Díaz Molano, por medio del cual el

Tribunal concedió el amparo al accionante para protegerle su derecho al debido proceso administrativo (Folio 376 y ss.).

# c. Por parte de la Alcaldía del Municipio de Medellín – Dirección Técnica de Atención y Reparación a las Víctimas (22 folios):

- (i) Fallo de Tutela proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Oralidad de Medellín del 25 de abril de 2018, en el cual resolvió la acción de tutela instaurada por la señora Margarita María Álvarez Rodríguez en contra del municipio de Medellín. El Juzgado resolvió tutelar el derecho de petición de la accionante y ordenó al municipio de Medellín dar respuesta a la señora Álvarez Rodríguez consistente en la cancelación de la medida de protección de un predio urbano de su propiedad localizado en el barrio Belencito de la ciudad de Medellín (Folio 385 y ss.).
- (ii) Fallo de Tutela proferido por el Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Medellín del 15 de marzo de 2018, en el cual resolvió la acción de tutela instaurada por el señor León Jairo Álvarez en contra de la Unidad de Restitución de Tierras Despojadas y la Alcaldía de Medellín. El Juzgado resolvió tutelar el derecho al debido proceso del accionante, así como el de restitución de tierras y la protección especial a desplazados y ordenó a la Alcaldía de Medellín dar respuesta al señor León Álvarez consistente en la cancelación de la medida de protección de un predio urbano de su propiedad localizado en el barrio Robledo Aures de la ciudad de Medellín. El Juzgado exoneró a la Unidad de Restitución de Tierras (Folio 401 y ss.).
- (iii) Protocolo de trámite para la protección legal de predios urbanos abandonados o en riesgo de abandono a consecuencia de la violencia, versión 2017 (Folio 392).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Durante la fijación del edicto, según certificación de la Secretaría de la Sala, se recibieron alegatos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de la UAEGRTD y de la Superintendencia de Notariado y Registro, de los cuales se transcriben a continuación los principales argumentos expuestos. De igual manera, se hace referencia en este acápite, de lo expresado por la Alcaldía Municipal de Medellín en la solicitud de solución del conflicto.

# 1. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Coordinador del Grupo de Procesos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural presentó su alegato (Folios 58 a 61 vto.), en el cual sostuvo lo siguiente:

"(...) de acuerdo con la normatividad vigente, esta Cartera Ministerial no tiene competencia respecto del trámite administrativo que dio origen al conflicto de competencias administrativas (...).

*(...)* 

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas es una entidad de orden nacional, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

*(...)* 

En este orden de ideas (luego de citar los artículos 44, 104 y 105 de la Ley 489 de 1998), la actuación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se refiere al ejercicio de su función de control de tutela sobre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas como organismo adscrito, entidad que actúa dentro de su autonomía e independencia administrativa y presupuestal." (Folios 58 y 58 vto.).

# La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD

La Directora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD, en su pronunciamiento sobre el tema del conflicto (Folios 62 a 65 vto.), manifestó lo siguiente:

"La Dirección Jurídica de la Unidad, después de un análisis de las situaciones que se han suscitado desde la expedición de la Ley 387 de 1997 hasta cuando es promulgado el Decreto 2365 de 2015, así como los pronunciamientos de las Altas Cortes en sede de tutela, concluyó que la Unidad de Restitución de Tierras carece de competencia funcional administrativa para atender los requerimientos de la población desplazada sobre la protección de bienes urbanos; los criterios tenidos en cuenta son los siguientes:

Desde la expedición del Decreto 2365 del 7 de diciembre de 2015, que ordenó suprimir el INCODER –En liquidación-; y de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 28 de esta norma, corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas –en adelante la URT-, la administración del sistema de información del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados a causa de la Violencia –RUPTA-.

El cumplimiento de esta disposición, por parte de la URT, implican (sic) cambios sustanciales en la manera en que se ordenaba y cumplía las funciones de protección de predios desde su consagración en la Ley 387 de 1997 y su posterior reglamentación en el Decreto 2007 de 2001. Precisamente el Decreto 2051 de 2016 incorporó ajustes sustantivos para armonizar el RUPTA con el Registro de Tierras Despojadas del que trata la Ley 1448 de 2011.

Sin embargo, ninguna de las normas citadas hace una referencia explícita a la entidad competente para llevar a cabo la labor de protección de predios que se encuentren en zonas urbanas, antes de que la custodia del RUPTA fuese competencia de la Unidad de Restitución de Tierras. Algunas sentencias de la Corte Constitucional impartían lineamientos sobre este asunto, como por ejemplo las sentencias T-1037 de 2006. Mientras que instrumentos administrativos como la Instrucción Conjunta 16 de 6 de noviembre de 2012 suscrita entre el INCODER (Hoy en liquidación) y la Superintendencia de Notariado y Registro, derogada por la Instrucción Administrativa 10 de 19 de julio de 2016, o el Convenio Interadministrativo 55 de 21 de julio de 2009 suscrito por estas dos entidades y la Presidencia de la República, hacen referencia de manera indistinta a la protección de predios rurales y urbanos.

Los Decretos 2051 de 2016 y 2365 de 2015, no establecen expresamente que la competencia, en materia de trámite de requerimientos de protección de predios recaiga en la Unidad de Restitución de Tierras. Tampoco la Ley 387 de 1997 ni sus decretos reglamentarios contemplan lo anterior.

Solo es, hasta cuando, por vía de interpretación se crea el antecedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, quien de manera enfática ha establecido que dicha competencia recae en las Alcaldías Municipales. En cumplimiento de estas órdenes se han adoptado instrumentos administrativos como circulares internas de las Alcaldías o instrucciones conjuntas suscritas con la ORIP y la SNR a través de las cuales se han implementado protocolos y rutas relacionadas con la función de protección de predios urbanos que involucra la acción conjunta de estas entidades.

Si bien es cierto que el Decreto 2051 de 2016 establece cambios importantes en lo que respecta al trámite de las medidas de protección y su articulación con el Registro de Tierras Despojadas que administra la Unidad de Restitución de Tierras, la competencia frente a la protección de predios urbanos se mantiene en cabeza de las Alcaldías Municipales conjuntamente con la ORIP y la SNR, independientemente de que se requieran (sic) efectuar ajustes a las rutas y protocolos que dichas entidades deberían realizar.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el contexto urbano son estas las entidades que cuentan con la suficiente capacidad institucional para adelantar el trámite de este tipo de requerimientos y han adelantado esta labor de manera especializada durante varios años desde la vigencia de la Ley 387 de 1997. (Folios 62 y 62 vto.).

*(…)* 

En ese sentido y teniendo en cuenta que como se dijo en los apartados anteriores, de acuerdo con las subreglas formuladas por la Corte Constitucional, corresponde a las Alcaldías Municipales darle trámite a la protección de predios urbanos atendiendo a que son las entidades que cuentan con capacidad institucional suficiente y necesaria para facilitar la efectividad jurídica y material de las medidas de protección, y a que el Decreto 2051 de 2016 no deroga ninguna norma relacionada con el trámite de la protección individual a predios urbanos, dicha competencia se mantiene." (Folio 65).

# 3. Superintendencia de Notariado y Registro

El Superintendente Delegado para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras (E), de la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante su alegato (Folios 66 y 67), expresó lo siguiente:

"(...) la Superintendencia de Notariado y Registro ha participado en forma directa, permanente y decidida, en el marco de sus competencias institucionales, en la implementación de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para proteger, garantizar y restituir el derecho de propiedad, a la población víctima de la violencia; de una parte, desde la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, mediante la inscripción y cancelación de las medidas de protección de los folios de matrícula inmobiliaria; y de otra, en la coadministración y actualización del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA, tarea que realizó hasta diciembre de 2015.

A partir de la entrada en vigencia del Decreto 2365 de diciembre 7 de 2015, por el cual se ordenó la liquidación del Incoder y se dispuso el traslado del RUPTA, para efectos de su administración, a la Unidad de Restitución de Tierras –URT, la función de la Superintendencia de Notariado y Registro respecto al tema de protección patrimonial, se limita a radicar, calificar y tomar la decisión registral de inscribir o no en el folio de matrícula inmobiliaria, la medida de protección o de cancelación de la misma, que ordena la Unidad de Restitución de Tierras.

*(…)* 

Así mismo, creemos conveniente mencionar, que la nueva normatividad y procedimiento de protección de los derechos patrimoniales y cancelación de las medidas de protección determinado por la URT están orientados solo a predios rurales. Ninguna de las normas que hoy fundamentan este procedimiento, hacen referencia a la protección de predios urbanos, ni señalan la entidad responsable de dicho trámite (...).

De esta forma, los predios urbanos quedaron por fuera de lo reglado y establecido en cuanto a la protección jurídica (...)". (Folios 66 y 66 vto.).

# 4. La Alcaldía Municipal de Medellín

La Directora Técnica del Equipo Municipal de Atención y Reparación a Víctimas del Conflicto Armado, Subsecretaría de Derechos Humanos, Secretaría de Inclusión Social, Familia y Derechos Humanos, de la Alcaldía del Municipio de Medellín, en la solicitud de solución del conflicto de competencias administrativas (Folios 1 a 2 vto., y 85 a 86 vto.), señaló lo siguiente:

"Desde el 30 de octubre del año 2009, con la expedición de la Circular 4 por parte del Alcalde de la ciudad, la Alcaldía de Medellín, como apuesta estratégica fue pionera a nivel nacional en establecer una ruta individual de protección patrimonial de predios urbanos abandonados o en riesgo de abandono a consecuencia de la violencia. Esta

ruta se definió, esencialmente, a partir de pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional en sede de acciones de tutela (...)

Como consecuencia de esto, la Superintendencia de Notariado y Registro modificó la Instrucción Administrativa No. 7 del 23 de junio de 2015 con la Instrucción Administrativa No. 10 del 19 de julio de 2016, la cual estableció un nuevo procedimiento para la inscripción de medidas de protección patrimonial individual para predios rurales y urbanos, debido a que el 18 de marzo de 2009 la Corte Constitucional declaró inexequible la ley 1152 de 2007 y el RUPTA pasó a manos del INCODER.

Es así como las solicitudes de anotación de protección y cancelación de protecciones se empezaron a remitir a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas de Antioquia, quien alcanzó a realizar varios actos administrativos en este sentido. Sin embargo, esta entidad recibió instrucciones de la Dirección Nacional en el sentido de no tener competencia para los inmuebles urbanos. Motivo por el cual se ha hecho devolución de todas las solicitudes que se han enviado.

*(…)* 

Así las cosas, en la ciudad de Medellín, nos encontramos en una 'sin salida', respecto del trámite de anotación de prohibición de enajenar predios y más grave aún en el trámite de la cancelación de dichas anotaciones (...)" (Folios 1, 1 vto. y 2).

#### IV. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

## a. Competencia de la Sala

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

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

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

"Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden

nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado."

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

Según los antecedentes del presente asunto, se trata de un conflicto de competencias administrativas entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD, la Alcaldía Municipal de Medellín y la Superintendencia de Notariado y Registro.

Igualmente, el conflicto versa sobre un asunto administrativo, pues se pretende determinar la autoridad competente para tramitar las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección patrimonial sobre predios urbanos, como consecuencia del desplazamiento forzado de los titulares de derechos reales, a causa de la violencia.

# b. Términos Legales

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

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

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley (estatutaria) 1755 de 2015, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34 del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

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

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones

administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutiva se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzaran a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

# 2. Aclaración previa

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

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

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

#### 3. Problema Jurídico

De conformidad con los antecedentes, le corresponde a la Sala determinar cuál es la autoridad competente para tramitar las solicitudes de inscripción de medidas de protección patrimonial sobre predios urbanos como consecuencia del desplazamiento forzado a causa de la violencia. La Sala aprovechará la oportunidad para también referirse a la cancelación o levantamiento de dichas medidas.

Al respecto, la UAEGRTD afirma no ser competente pues considera que le corresponde a las alcaldías municipales darle trámite a la protección patrimonial de predios urbanos, por cuanto son las entidades que cuentan con capacidad institucional suficiente y necesaria para facilitar la efectividad jurídica y material de las medidas de protección, con fundamento en la Sentencia T-1037 de 2006 proferida por la Corte Constitucional.

Por su parte, la Alcaldía del Municipio de Medellín afirma que no es competente para conocer del asunto, porque el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA pasó a ser administrado por la UAEGRTD. Sin embargo, la Dirección General de la UAE-GRTD dio la instrucción de no tramitar solicitudes cuando se trate de predios ubicados en zona urbana. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural niega ser competente para atender la solicitud respecto de predios urbanos, porque solamente ejerce su función de control de tutela sobre la UAEGRTD como organismo adscrito, entidad que actúa dentro de su autonomía e independencia administrativa y presupuestal.

Por último, la Superintendencia de Notariado y Registro expone que no tiene injerencia en el conflicto porque su función respecto al tema de protección patrimonial, se limita a radicar, calificar y tomar la decisión registral de inscribir o no en el folio de matrícula inmobiliaria, la medida de protección o de cancelación de la misma, que ordena la UAEGRTD.

Para resolver lo anterior, la Sala estudiará: (i) El Registro Único de Predios y Territorios Abandonados -RUPTA; (ii) Las funciones legales de las entidades estatales en conflicto; (iii) Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de inscripción y cancelación de medidas de protección de predios afectados por la violencia y (iv) El caso concreto.

#### 4. Análisis del conflicto planteado

# 4.1. El Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA

El Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA- es una base de datos que opera como mecanismo de protección para las personas que se han visto obligadas a abandonar su lugar de origen por causa del desplazamiento forzado. Ante este fenómeno de abandono involuntario, el registro tiene por finalidad garantizar los derechos de las víctimas sobre sus inmuebles para que no sean objeto de propiedad, ocupación, posesión, compraventa, mera tenencia o de transacciones ilegales.<sup>123</sup>

La Ley 387 de 1997<sup>124</sup> estableció que el Gobierno Nacional promovería acciones y medidas con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada, en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas, y que tales medidas deberían permitir el acceso de esta población a la oferta social del Gobierno, que incluyó programas para la enajenación, adjudicación y titulación de tierras a población en condición de desplazamiento, y el programa o sistema de protección de los derechos patrimoniales de los desplazados.

El sistema RUPTA se ideó para almacenar y administrar la información de los predios abandonados por las personas desplazadas por la violencia en Colombia y para salvaguardar jurídicamente los derechos que tienen sobre los bienes, sin importar la relación jurídica con el predio, ya fuera como propietario, poseedor, ocupante o tenedor.

En ese contexto, el artículo 19 de la Ley 387 de 1997 indicó que las instituciones comprometidas en la Atención Integral a la Población Desplazada deberían adoptar a nivel interno las directrices que les permitieran prestar la atención a la población desplazada. En ese sentido señaló:

<sup>123</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 2014. Definición del RUPTA contenida en esta providencia.

<sup>124 &</sup>quot;Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia".

"El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, adoptará programas y procedimientos especiales para la enajenación, adjudicación y titulación de tierras, en las zonas de expulsión y de recepción de la población afectada por el desplazamiento forzado, así como líneas especiales de crédito, dando prelación a la población desplazada.

El Incora llevará un registro de los predios rurales abandonados por los desplazados por la violencia e informará a las autoridades competentes para que procedan a impedir cualquier acción de enajenación o transferencia de título de propiedad de estos bienes, cuando tal acción se adelante contra la voluntad de los titulares de los derechos respectivos.

(...)"

En desarrollo del artículo 9º de la Ley 387 de 1997 se expidió el Decreto 250 de 2005<sup>125</sup> con el propósito de adoptar el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, que contempla proteger los bienes patrimoniales de la población rural desplazada o en riesgo de desplazamiento, mediante el aseguramiento jurídico e institucional de los bienes afectados y el fortalecimiento del tejido social comunitario. Para el efecto, se determinan las siguientes acciones:

"Como medida de protección de los bienes rurales abandonados por la violencia, estos serán inscritos en el Registro Único de Predios con el objeto de que las autoridades competentes<sup>126</sup> procedan a impedir cualquier acción de enajenación o transferencia de títulos de propiedad de estos bienes"<sup>127</sup>.

Con posterioridad, mediante el Decreto 1292 de 2003, se suprimió el Incora y ordenó su liquidación. En el mismo año, el Decreto 1300 de 2003 creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder<sup>128</sup> como la entidad de desarrollo agropecuario y rural que cumpliría con los objetivos de la entidad suprimida.

Años más tarde, el Decreto 3759 de 2009 modificó la estructura del Incoder. En el artículo 4º especificó las funciones e incluyó en el numeral 20º el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA:

"Artículo 4°. Funciones. Las funciones del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER serán las siguientes:

 $(\ldots)$ 

20. Llevar el Sistema de Registro Único de Predios y Territorios Abandonados por la Población en situación de desplazamiento y tramitar las medidas de protección solicitadas ante las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos".

<sup>125 &</sup>quot;Por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones".

<sup>126</sup> Debe entenderse que para la época, la autoridad competente era el Incora porque el Decreto 250 de 2005 reglamentó el artículo 9º de la Ley 387

<sup>127</sup> Decreto 250 de 2005, artículo 2, ordinal 5°, numeral 5.1.1, literal f, numeral 2.

<sup>128</sup> Establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011<sup>129</sup> adoptó las medidas requeridas para la restitución<sup>130</sup> jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados, definió quiénes son titulares del derecho a la restitución (artículo 75) y además creó el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, en los siguientes términos:

"Artículo 76. Registro de tierras presuntamente despojadas y abandonadas forzosamente. Créase el Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente como instrumento para la restitución de tierras a que se refiere esta ley. En el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se inscribirán también las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio.

El registro se implementará en forma gradual y progresiva, de conformidad con el reglamento, teniendo en cuenta la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno. <u>La conformación y administración del registro estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas que se crea por esta Ley.</u>

La inscripción en el registro procederá de oficio, o por solicitud del interesado. En el registro se determinará el predio objeto del despojo o abandono forzado, la persona y el núcleo familiar del despojado o de quien abandonó el predio. Cuando resulten varios despojados de un mismo predio o múltiples abandonos, la Unidad los inscribirá individualmente en el registro. En este caso se tramitarán todas las solicitudes de restitución y compensación en el mismo proceso. (...)

Una vez recibida la solicitud de inscripción de un predio en el registro por la parte interesada, o iniciado el trámite de oficio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, comunicará de dicho trámite al propietario, poseedor u ocupante que se encuentre en el predio objeto de registro, a fin de que pueda aportar las pruebas documentales que acrediten la propiedad, posesión u ocupación de dicho predio de buena fe, conforme a la ley. Esta Unidad tiene un término de sesenta (60) días, contado a partir del momento en que acometa el estudio conforme con el inciso segundo de este artículo, para decidir sobre su inclusión en el Registro. Este término podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días, cuando existan o sobrevengan circunstancias que lo justifiquen." (Subraya de la Sala).

<sup>129 &</sup>quot;Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones."

<sup>130</sup> De conformidad con el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011 son principios de la restitución: Preferencia, independencia, progresividad, estabilización, seguridad jurídica, prevención, participación y prevalencia constitucional. El artículo 2.15.1.1.3. del Decreto 1071 de 2015, DUR del Sector Agropecuario, adicionó los siguientes: colaboración armónica, enfoque diferencial, confidencialidad, favorabilidad, enfoque preventivo, participación, progresividad, gradualidad y publicidad.

# 4.2. Las funciones legales de las entidades estatales en conflicto

#### 4.2.1. Funciones de la UAEGRTD

El artículo 103 de la Ley 1448 de 2011 creó la UAEGRTD como órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados:

"ARTÍCULO 103. CREACIÓN DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas por el término de diez (10) años, como una entidad especializada de carácter temporal, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente. Su domicilio está en la ciudad de Bogotá y contará con el número plural de dependencias que el Gobierno Nacional disponga, según lo requieran las necesidades del servicio."

El objeto de la UAEGRTD, en cuanto a dicho Registro, está precisado en el artículo 2.15.1.1.1 del Decreto 1071 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural", en esta forma:

"Artículo 2.15.1.1.1. Objeto. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas <u>adelantará</u>, de conformidad con las normas legales y las de este decreto, <u>las actuaciones administrativas dirigidas a incluir en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente los predios debidamente identificados, las personas cuyos derechos sobre estos fueron afectados, el tiempo o período de influencia armada en relación con el predio, el tiempo de vinculación de los solicitantes con el predio y toda la información complementaria para la inscripción en el registro y el proceso de restitución. <u>Estas actuaciones se adelantarán, respetando las garantías del debido proceso, para que el registro citado sea un instrumento veraz, oportuno e idóneo como presupuesto legal para la restitución judicial.</u>" (Subrayas de la Sala).</u>

Resulta fundamental para el estudio del conflicto, citar las definiciones que para efectos del desarrollo del objeto de la UAEGRTD contempla el Decreto 1071 de 2015 en materia de predios:

"Artículo 2.15.1.1.2. Definiciones. <u>Para los efectos de la presente Parte</u><sup>131</sup> se tendrán en cuenta las siquientes definiciones:

(...)

<u>11. Predio.</u> Es el inmueble constituido como una unidad espacial individualizada, de manera preferente a través de coordenadas geográficas o planas únicas, con linderos

<sup>131</sup> Se refiere a la "Parte 15", establecida en el Decreto 1071 de 2015, la cual está relacionada con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

- y demás características que permitan su singularización; forman parte del predio las construcciones, coberturas y usos del suelo.
- <u>12. Predio rural.</u> Es el inmueble localizado fuera del perímetro urbano, de conformidad con las normas de ordenamiento del territorio, bien sea el Esquema de Ordenamiento Territorial -EOT, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial -PBOT o el Plan de Ordenamiento Territorial -POT.
- 13. Predio urbano. Es el Predio localizado dentro del perímetro urbano, de conformidad con las normas de ordenamiento del territorio, bien sea el Esquema de Ordenamiento Territorial -EOT, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial-PBOT o el Plan de Ordenamiento Territorial-POT." (Subraya la Sala).

Ahora bien, las funciones de esta Unidad están contempladas en el artículo 105 de la Ley 1448 de 2011, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 105. FUNCIONES DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS. Serán funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas las siguientes:

- 1. <u>Diseñar, administrar y conservar el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente</u> de conformidad con esta ley y el reglamento.
- 2. <u>Incluir en el registro las tierras despojadas y abandonadas forzosamente, de oficio o a solicitud de parte</u> y certificar su inscripción en el registro.
- 3. Acopiar las pruebas de despojos y abandonos forzados sobre los predios para presentarlas en los procesos de restitución a que se refiere el presente capítulo.
- 4. Identificar física y jurídicamente, los predios que no cuenten con información catastral o registral y ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la consecuente apertura de folio de matrícula a nombre de la Nación y que se les asigne un número de matrícula inmobiliaria.
- 5. Tramitar ante las autoridades competentes los procesos de restitución de predios de los despojados o de formalización de predios abandonados en nombre de los titulares de la acción, en los casos previstos en esta ley.
- 6. Pagar en nombre del Estado las sumas ordenadas en las sentencias de los procesos de restitución a favor de los terceros de buena fe exenta de culpa.
- 7. Pagar a los despojados y desplazados las compensaciones a que haya lugar cuando, en casos particulares, no sea posible restituirles los predios, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

- 8. Formular y ejecutar programas de alivios de pasivos asociados a los predios restituidos y formalizados.
- 9. Crear y administrar programas de subsidios a favor de los restituidos o de quienes se les formalicen los predios de conformidad con este capítulo, para la cancelación de los impuestos territoriales y nacionales relacionados directamente con los predios restituidos y el alivio de créditos asociados al predio restituido o formalizado.
- 10. Las demás funciones afines con sus objetivos y funciones que le señale la ley." (Subrayas de la Sala)

Posteriormente, fue proferido el Decreto 2365 de 2015<sup>132</sup>, cuyo parágrafo 1º del artículo 28 trasladó la administración del RUPTA a la UAEGRTD, así:

**"PARÁGRAFO 1º.** El Sistema de Información RUPTA será trasladado, para efectos de su administración, a la Unidad Administrativa Especial para Gestión y Restitución de Tierras Despojadas. La transferencia se efectuará en los términos previstos en el presente artículo y mediante acta con el contenido arriba dispuesto."

En el mismo sentido, los artículos 2.15.1.8.2, 2.15.1.8.4 y 2.15.1.8.5 del Decreto 1071 de 2015 adicionados por el artículo 1º del Decreto 2051 de 2016<sup>133</sup>, reiteraron que la administración del RUPTA corresponde a la UAEGRTD:

"Artículo 2.15.1.8.2. Administración del RUPTA. Corresponderá a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas la administración del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados (RUPTA), de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015, en desarrollo de lo cual adelantará todas las actuaciones administrativas necesarias para la definición de las situaciones atinentes a dicho registro, con sujeción al procedimiento administrativo común y principal previsto en la Ley 1437 de 2011.

Dentro de ese marco legal, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas establecerá las directrices que permitan la correcta y eficiente administración del RUPTA, así como los mecanismos pertinentes para la articulación del RUPTA y el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente en los términos de la Ley 387 de 1997."

 $(\ldots).$ 

**Artículo 2.15.1.8.4. Inclusión de requerimientos en el RUPTA.** La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas incluirá en el RUPTA aquellas solicitudes de protección de predios abandonados forzosamente cuando:

<sup>132 &</sup>quot;Por el cual se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones".

<sup>133 &</sup>quot;Por el cual se adiciona un Capítulo al Título I de la Parte 15 del Decreto 1071 de 2015 Único Reglamentario del Sector Administrativo, Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, en lo relacionado con el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA".

- 1. Se acredite por el requirente la condición de desplazado por la violencia, cumpliendo con las condiciones previstas en el parágrafo 2º del artículo 60 de la Ley 1448 de 2011 o el artículo 1º de la Ley 387 de 1997.
- 2. Se demuestre al menos sumariamente la relación del requirente con el predio objeto de protección.
- 3. Se identifique y localice espacialmente el predio del que se pretende la protección, dando cuenta de su ubicación político-administrativa (departamento, municipio, corregimiento y vereda).

Artículo 2.15.1.8.5. Armonización de los requerimientos de protección. Las personas identificadas por los Comités Municipales, Distritales o Departamentales de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, o por los Comités Municipales, Distritales o Departamentales de Justicia Transicional en las declaratorias de zona de inminencia de riesgo de desplazamiento o de desplazamiento forzado, serán consideradas como requirentes de protección de predios abandonados forzosamente y podrán ser incluidos en el RUPTA. (...)" (Subrayas de la Sala).

Es relevante citar la Resolución No. 00955 de 2017<sup>134</sup> emitida por la Dirección General de la UAEGRTD, la cual promueve una adecuada administración del Sistema de Información RUPTA, en los términos señalados en el parágrafo 1º del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015, arriba citado. Esta Resolución desarrolla el mecanismo a través del cual la UAEGRTD adelanta el trámite de levantamiento y cancelación, parcial o total de las medidas de protección colectiva que efectuaron <u>los comités municipales</u>, <u>distritales o departamentales</u> de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. La Resolución No. 00955 de 2017 dispuso:

"(...)

ARTÍCULO SEGUNDO. Levantamiento y cancelación de medidas de protección colectiva. La decisión de levantamiento y cancelación de las medidas de protección colectiva deberá consignarse en un acto administrativo motivado y fundamentado en pruebas en las que se demuestre que las circunstancias o causas que ocasionaron la medida cesaron o desaparecieron, luego de agotar el trámite que aquí se describe. Se entenderá que se ha configurado esta situación en el caso de solicitudes que coincidan con áreas microfocalizadas por la política de restitución de tierras.

ARTÍCULO TERCERO. Comunicación del trámite administrativo a los Comités de Justicia Transicional y a posibles interesados. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas comunicará por escrito a los Comités de Justicia Transicional a través de las alcaldías o gobernaciones del lugar en que se haya expedido la medida de protección colectiva, sobre la iniciación del trámite

<sup>134 &</sup>quot;Por la cual se establece el mecanismo de levantamiento de medidas de protección colectiva de predios conforme a lo dispuesto en los artículos 2.15.1.8.4 y 2.15.1.8.5 del Decreto 2051 de 2016, para lograr una adecuada administración del Sistema de Información RUPTA en los términos señalados por el parágrafo 1º del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015."

<u>de levantamiento</u>, para que sus integrantes puedan manifestar sus apreciaciones y aportar pruebas frente al procedimiento que se adelanta por parte de la Unidad.

(...)" (Subraya la Sala).

## 4.2.2. Funciones de los municipios

De conformidad con la Ley 1551 de 2012<sup>135</sup> son funciones de los municipios:

"Artículo 6°. El artículo 3° de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 3°. Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:

"(...)

8. En asocio con los departamentos y la Nación, <u>contribuir al goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado, teniendo en cuenta los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad, subsidiariedad y las normas jurídicas vigentes."</u>

#### 4.2.3. Funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro

Según el Decreto 2723 de 2014, son funciones de la Superintendencia:

**"Artículo 11. Funciones de la Superintendencia.** Son funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, las siguientes:

(...)

- 12. Prestar servicio público registral a través de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.
- 13. <u>Llevar los registros de predios abandonados y de predios (SIC) para la reparación a las víctimas de conformidad con la normativa vigente.</u>
- 14. <u>Ejercer la inspección, vigilancia y control de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, en los términos establecidos en las normas vigentes.</u>

(...)"

Es importante mencionar que la Ley 1152 de 2007, le encomendó a la Superintendencia de Notariado y Registro la administración del RUPTA, a partir del 26 de enero de 2007. Sin embargo, el 18 de marzo de 2009, la Corte Constitucional declaró inexequible la Ley 1152

<sup>135 &</sup>quot;Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

de 2007<sup>136</sup>, motivo por el cual el RUPTA volvió a ser administrado por el INCODER, con fundamento en la Ley 387 de 1997.

En razón de lo anterior, y para no causar perjuicios a la población desplazada, y a la vez no retrasar el proceso de protección patrimonial ya instaurado, la Superintendencia de Notariado y Registro suscribió un Convenio de Cooperación Interadministrativa con el INCODER y el Proyecto de Tierras de Acción Social, el cual indicaba expresamente el procedimiento de Ruta de Protección Individual e incluía la coadministración del RUPTA.

Como consecuencia de la liquidación del INCODER y el traslado del sistema RUPTA a la UAEGRTD (parágrafo 1º del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015), la Superintendencia de Notariado y Registro emitió la Instrucción Administrativa No. 10 del 19 de julio de 2016<sup>137</sup>, dirigida a los Registradores y Calificadores de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país, en la que precisó el nuevo procedimiento para la inscripción de medidas de protección patrimonial individual para predios rurales y urbanos, en los siguientes términos:

"El sistema de información RUPTA será trasladado, para efectos de su administración, a la Unidad Especial para la Gestión y Restitución de Tierras Despojadas. La transferencia se efectuará en los términos previstos en el presente artículo y mediante acta con el contenido arriba dispuesto".

De conformidad con lo anterior, y atendiendo las dispocisiones (sic) expresas del decreto mencionado, a partir de su entrada en vigencia, <u>la Unidad Administrativa Especial</u> para la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, <u>UAEGRTD</u>, será la única entidad encargada de administrar el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados por <u>la Violencia, RUPTA</u>, por lo que la Superintendencia de Notariado y Registro **pierde la competencia en la coadministración del RUPTA**, razón por la cual las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos se limitarán a continuar con el tramite registral correspondiente abrogado por ley, el cual consiste en calificar e inscribir en el folio de matrícula inmobiliaria la orden de la UAEGRTD.

Así las cosas, para continuar prestando el oportuno servicio en las inscripciones relacionadas con la Medida de Protección por ruta individual: rural y urbana, la UAEGRTD deberá radicar en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, el respectivo acto administrativo que ordena la inscripción o cancelación de la medida de protección. (...)" (Subrayas de la Sala. Negrilla original en el texto).

<sup>136</sup> Sentencia C-175 de 2009. La Corte argumentó en su pronunciamiento que no fueron consultadas previamente las comunidades indígenas, ni las comunidades afrodescendientes y por ende, declaró inexequible dicha norma.

<sup>137</sup> La Instrucción Administrativa No. 10 de 2016 derogó la Instrucción Administrativa No. 07 de 2015 de la Superintendencia de Notariado y Registro, "PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCION DE MEDIDAS DE PROTECCION DE PREDIOS URBANOS". En el mismo sentido, quedó derogada la Circular No. 595 de 2015 porque se fundamentaba en la Instrucción Administrativa No. 07 de 2015. La Circular 595 de 2015 disponía: "Mediante la Instrucción Administrativa 7 del 23 de junio de 2015, la Superintendencia de Notariado y Registro determinó el procedimiento para la inscripción de las solicitudes de medidas de protección de predios urbanos, en este sentido, se les solicita a todas la oficinas de registro de instrumentos públicos del país, que hayan recepcionado e inscrito medidas de protección de predios urbanos remitidos por las diferentes alcaldías locales, municipales o distritales del país, que remitan copia de los formularios o las solicitudes a esta delegada, para que, a través del grupo de protección patrimonial, proceda a ingresor las respectivas solicitudes al registro único de predios y territorios abandonados por la violencia, Rupta."

# 4.3. Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de inscripción y cancelación de medidas de protección de predios afectados por la violencia

Respecto de los derechos de las personas desplazadas forzosamente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades. Se resaltan las sentencias más relevantes.

#### En Sentencia C-715 de 2012 determinó:

"En materia de protección de los derechos de las personas en situación de desplazamiento frente a la propiedad inmueble, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas, determinan deberes concretos a cargo de las autoridades estatales.

Así, en cuanto a las obligaciones que tienen especial vinculación con la materia debatida en la presente sentencia, se destacan aquellas impuestas a los Estados y dirigidas a satisfacer los derechos afectados por la privación de la tierra de la población desplazada. Entre ellas debe hacerse referencia a (i) el derecho de todos los refugiados y desplazados a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial; (ii) el derecho de todos los refugiados y desplazados a regresar voluntariamente a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual en condiciones de seguridad y dignidad. El regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad debe fundarse en una elección libre, informada e individual. Se debe proporcionar a los refugiados y desplazados información completa, objetiva, actualizada y exacta, en particular sobre las cuestiones relativas a la seguridad física, material y jurídica en sus países o lugares de origen; (iii) el derecho de toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su vivienda, sus tierras o su patrimonio de tener la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante. Los Estados deben velar por que todos los aspectos de los procedimientos de reclamación de restitución, incluidos los trámites de apelación, sean justos, oportunos, accesibles y gratuitos, y que en ellos se tengan en cuenta las cuestiones de edad y de género; (iv) el deber de los Estados de garantizar que todos los refugiados y desplazados, cualquiera sea el lugar en que residan durante el período de desplazamiento, puedan acceder a los procedimientos de reclamación de la restitución ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido. Este deber implica la garantía que todas las personas afectadas tengan conocimiento de los procedimientos de reclamación de la restitución y que la información sobre dichos procedimientos se ponga fácilmente a su disposición, ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido; (v) el deber de los Estados de procurar establecer centros y oficinas de tramitación de las reclamaciones de restitución en todas las zonas afectadas en que residen personas con derecho a presentar esas reclamaciones; (vi) los Estados

deben velar por que los usuarios de las viviendas, las tierras o el patrimonio, incluidos los arrendatarios, tengan derecho a participar en los procedimientos de reclamación de la restitución, incluso mediante la presentación de reclamaciones conjuntas; (vii) los Estados deben garantizar la prestación de una asistencia jurídica adecuada y, de ser posible, gratuita a quienes deseen presentar una reclamación de restitución. Esta asistencia jurídica, cuya prestación podrá correr a cargo de instituciones gubernamentales o no gubernamentales (nacionales o internacionales), deberá estar exenta de discriminación y satisfacer normas adecuadas de calidad, equidad e imparcialidad, a fin de que los procedimientos de reclamación no se vean menoscabados; y (viii) los Estados deben velar porque toda declaración judicial, cuasi judicial, administrativa o consuetudinaria relativa a la propiedad legítima de las viviendas, las tierras o el patrimonio, o a los derechos correspondientes, vaya acompañada de medidas encaminadas a hacer efectivos el registro o la delimitación de dichos bienes, como requisito para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia. Estas medidas se ajustarán a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación."

La Corte Constitucional resaltó en la Sentencia T-821 de 2007 la necesidad del registro de bienes rurales y urbanos para proteger efectivamente los derechos de la población desplazada:

"En todo caso, advierte la Corte que para satisfacer las directrices mínimas de protección de los derechos de la población desplazada, debería existir un registro autónomo o especial para esta población, cuando se trate de personas que han abandonado sus bienes inmuebles rurales y urbanos. Este registro permitiría identificar adecuadamente a las personas que han sufrido el despojo de sus bienes y a los predios que por tal razón deben ser protegidos. Una medida de esta naturaleza permitiría crear mecanismos para promover el derecho fundamental a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y serviría para implementar una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes.

(...) la Corte ordenará a Acción Social que, si no lo tiene aún, estudie la viabilidad de establecer un registro especial para población desplazada que abandonó bienes inmuebles rurales y urbanos con el fin de identificar a las víctimas que, además de la atención a la población desplazada, tienen derecho a la reparación, vía la restitución de sus bienes, o la indemnización. Esto con el fin de crear mecanismos para promover el derecho a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y exigir una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes. Como ya se mencionó, no puede perderse de vista el hecho de que los grupos criminales en Colombia cuyas acciones son la causa del desplazamiento, tienen usualmente la intención de apropiarse de los bienes forzosamente abandonados. Por tal razón, una medida efectiva de no repetición sería la de establecer mecanismos adecuados para evitar absolutamente que los actos criminales puedan obtener la finalidad perseguida." (Subraya la Sala)

En el mismo sentido, en la Sentencia T-1037 de 2006, la Corte había sostenido lo siguiente:

"La solicitud de tutela hecha por el demandante en relación con la protección de los inmuebles de propiedad de la familia, tampoco ha recibido una respuesta efectiva, pese a que él y su apoderada han enviado derechos de petición que incluyen la información requerida a efectos de obtener la inscripción de los inmuebles en el Registro Único de Predios Rurales Abandonados - RUP-. Tampoco ha logrado el amparo de los inmuebles ubicados en el casco urbano, como quiera que el señor Alcalde municipal considera que la misma no se hace necesaria, "dado que es imposible pretender que quien no es el verdadero propietario transfiera la propiedad, siendo de conocimiento de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos que quien tiene el derecho de disponer de sus bienes es quien está registrado como propietario". Con todo, esta Corporación considera que el hecho de que el señor Quintero Durán se haya visto obligado a abandonar los inmuebles de su propiedad, víctima de la violencia, le confiere el derecho a que los mismos sean amparados hasta tanto él se halle en condiciones de hacerse cargo, a fin de evitar actos que recaigan sobre estos. Por tal razón, estima que al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER- y a la Alcaldía del municipio de Ocaña les corresponde adelantar las gestiones tendientes a garantizar la protección referida". (Subrayas de la Sala).

La Corte Constitucional profirió la Sentencia T-025 de 2004, por la cual declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de personas desplazadas en Colombia.

Posteriormente, mediante el Auto 218 de 2006, la Corte verificó las medidas adoptadas para superar dicho estado y puntualizó:

"5.3.3. Finalmente, no observa la Corte que se haya demostrado que el diseño de la política de atención a los desplazados tenga en cuenta su condición de víctimas del conflicto armado, la cual les confiere derechos específicos, como lo son los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras – componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el SNAIPD".

Luego, la Corte Constitucional emitió el Auto No. 373 de 2016, por el cual hizo un nuevo seguimiento al avance de las medidas tomadas por las entidades para superar el estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004. En el punto de protección de predios dispuso:

"En relación con aquellos componentes de la política cuya reformulación total fue ordenada en el 2009, los resultados alcanzados fueron los siguientes. La política de tierras presenta un nivel de cumplimiento dispar: mientras el Gobierno Nacional ha demostrado un nivel de cumplimiento alto en materia de restitución de tierras, en lo concerniente a su protección se ha presentado un evidente nivel de incumplimiento; en materia de vivienda urbana y rural las autoridades han demostrado un nivel de

<u>cumplimiento medio y bajo, respectivamente</u> y, en generación de ingresos, se registró un incumplimiento a la orden de reformular completamente esta política.

*(…)* 

Esta Sala Especial, por lo tanto, ordenará a la Unidad de Restitución de Tierras la creación de un mecanismo que permita la articulación de las rutas de protección de predios -individual y colectiva- vía su inscripción en el RUPTA, con la política de restitución de tierras. Ese mecanismo debe permitir realizar un ejercicio de evaluación que permita determinar, a partir de un procedimiento reglado y no discrecional, si se adopta o no una medida de protección de predios en relación con las solicitudes de restitución que se encuentran en las zonas en las que no se ha implementado aún el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente (RTDAF), mientras se surte el proceso de micro focalización.

En consecuencia, esta Sala Especial requerirá a la Unidad de Restitución de Tierras, para que en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia de Notariado y Registro, y el Ministerio del Interior, adopten un plan de choque para superar las falencias registradas en este pronunciamiento y que se han traducido en el declive de la utilización de las rutas individual y colectiva de protección, y que han impedido que se materialicen las correspondientes medidas. (Subraya la Sala).

(...)"

#### 4.4. El caso concreto

Con base en los antecedentes expuestos y la normativa vigente en materia de protección patrimonial de bienes de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia, la Sala procederá a dirimir el conflicto planteado.

Resulta relevante hacer claridad que solamente existe controversia entre las entidades en relación con la imposición de medidas de protección patrimonial sobre predios ubicados en zonas urbanas. Sin embargo, la Sala aprovechará la oportunidad para referirse también a la cancelación o levantamiento de dichas medidas.

Al respecto, la Sala encuentra que la autoridad competente es la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas –UAEGRTD para atender las solicitudes de protección patrimonial de los bienes inmuebles abandonados por los desplazados por la violencia en zonas urbanas, teniendo en cuenta que le ha sido encomendada la administración del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados – RUPTA, en forma además concordante con las sentencias de la Corte Constitucional que han sido citadas. En efecto, la normatividad actual otorga esta competencia sobre "predios" en general, sin entrar a distinguir entre predios rurales y predios urbanos, de manera que las dos clases de predios se encuentran comprendidas dentro del mencionado Registro. Es pertinente la aplicación de la regla de interpretación en el sentido de que al intérprete no

le es dable distinguir cuando la ley no lo hace, conforme al aforismo latino: "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" 1.38.

Para llegar a esta conclusión, la Sala expone las siguientes consideraciones:

- El artículo 103 de la Ley 1448 de 2011 creó la UAEGRTD, con el objetivo de servir de órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados.
  - Las funciones de la UAEGRTD, en el tema específico que ocupa a la Sala, son: "diseñar, administrar y conservar el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente" e "incluir en el registro las tierras despojadas y abandonadas forzosamente, de oficio o a solicitud de parte y certificar su inscripción en el registro." (numerales 1º y 2º del artículo 105 de la misma ley).
- 2. El parágrafo 1º del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015 dispuso el traslado del RUPTA a la UAEGRTD, a efectos de su administración, lo que también implicó la transferencia de la facultad de acudir a mecanismos para responder a las necesidades de la población desplazada de manera eficaz y oportuna, independientemente de la ubicación geográfica de los predios. La norma citada no excluyó de la administración del RUPTA a los predios ubicados en zonas urbanas.

Por ello, no son de recibo los argumentos planteados por la UAEGRTD sobre los antecedentes iniciales surgidos de la Ley 387 de 1997, que en su concepto le impiden conocer y ejercer sus actuaciones de protección sobre predios urbanos. De esta manera, bajo una interpretación contraria al claro contenido del régimen normativo citado que le otorga competencia sobre todos los predios, sin distinción, para la administración del RUPTA y las medidas necesarias de protección patrimonial y de cancelación o levantamiento de tales medidas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, estima que solo es aplicable a predios rurales.

La interpretación sistemática del contenido textual de la Ley 1448 de 2011 y de los Decretos 2365/15, 2051/16 y 1071/15 permite concluir que tiene esta competencia respecto de predios <u>urbanos</u>, en cuanto a la administración del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados, para tomar las medidas de su protección patrimonial o para la cancelación o levantamiento de las medidas correspondientes cuando lo determina el ordenamiento jurídico.

3. El Gobierno Nacional dictó el Decreto 2051 del 15 de diciembre de 2016, "Por el cual se adiciona un Capítulo al Título I de la Parte 15 del Decreto 1071 de 2015 Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, en lo relacionado con el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA", mediante el cual adicionó efectivamente el Capítulo 8 al Título I de la Parte 15 del Libro 2 de dicho decreto DUR.

Resulta importante anotar que ese Capítulo se titula "Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA" y la mencionada Parte 15 lleva por título "De la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas".

El propósito de la expedición del Decreto 2051 de 2016 fue reglamentar aspectos relacionados con el RUPTA, "armonizándolo con el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente", como lo señala el artículo 2.15.1.8.1 del aludido Capítulo.

El artículo 2.15.1.8.2. del Decreto DUR 1071 de 2015, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2051 de 2016, reiteró que la administración del RUPTA corresponde a la UAEGRTD, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015.

Tal norma dispone lo siguiente:

"Artículo 2.15.1.8.2. Administración del RUPTA. Corresponderá a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas la administración del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados (RUPTA), de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 28 del Decreto 2365 de 2015, en desarrollo de lo cual adelantará todas las actuaciones administrativas necesarias para la definición de las situaciones atinentes a dicho registro, con sujeción al procedimiento administrativo común y principal previsto en la Ley 1437 de 2011.

Dentro de ese marco legal, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas establecerá las directrices que permitan la correcta y eficiente administración del RUPTA, así como los mecanismos pertinentes para la articulación del RUPTA y el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente en los términos de la Ley 387 de 1997."

Como se advierte, esta disposición ratifica la administración de la UAEGRTD del RUPTA, el cual es un registro único de predios en general, tanto rurales como urbanos.

Es posible que se entendiera que este Registro, en su origen cuando el artículo 19 de la Ley 387 de 1997 lo atribuyó al INCORA y luego, cuando el artículo 4º numeral 20 del Decreto 3759 de 2009 lo trasladó al INCODER, era solo para predios rurales, pues las competencias de tales entidades públicas se desarrollaban sobre asuntos del campo colombiano.

Sin embargo, en la actualidad, el RUPTA, con la normatividad del Decreto DUR 1071 de 2015, adicionada por el Decreto 2051 de 2016, tiene una connotación general, pues como dice su denominación "Registro Único <u>de Predios y Territorios</u> Abandonados", se refiere a predios que han sido abandonados por las personas, a causa de la violencia que ha afectado indistintamente tanto al sector rural como al urbano, de modo que dicho Registro Único debe englobar a las dos clases de predios: rurales y urbanos.

Se constata pues, que en el Decreto 2051 de 2016 tampoco se hicieron exclusiones de los predios urbanos del sistema RUPTA, afectados por la situación de violencia.

4. En concordancia con lo anterior, el artículo 2.15.1.8.4 del Decreto DUR 1071 de 2015, adicionado por el Decreto 2051 de 2016 contempló que la UAEGRTD debe incluir en el RUPTA aquellas solicitudes de protección de predios abandonados forzosamente cuando: (i) el requirente acredite la condición de desplazado por la violencia, (ii) el requirente demuestre al menos sumariamente la relación con el predio y (iii) identifique si el predio se ubica en un municipio, corregimiento o vereda.

La Sala encuentra que el artículo 2.15.1.8.4 del Decreto 2051 de 2016 no hizo distinciones en cuanto a la ubicación geográfica de los predios a efectos de incluirlos en el RUPTA. Por el contrario, la UAEGRTD es competente para inscribir y administrar el Registro Único de los predios afectados por la violencia ubicados en municipios, corregimientos o veredas, lo que permite afirmar que incluye inmuebles rurales y urbanos.

5. El artículo 2.15.1.1.2. del Decreto DUR 1071 de 2015 trae "Para los efectos de la presente Parte", que es la Parte 15 del decreto, relativa a la UAEGRTD, una serie de definiciones, dentro de las cuales están las de "Predio rural" y "Predio urbano". Por consiguiente, resulta congruente afirmar que las competencias otorgadas a la UAEGRTD por el DUR 1071 de 2015 están referidas a los dos tipos de predios urbanos y rurales en los términos de las definiciones contenidas en la misma norma.

Por lo tanto, la UAEGRTD puede aplicar el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados –RUPTA, que se encuentra dentro del ámbito de su competencia y las medidas necesarias para la protección de predios urbanos y rurales.

En otras palabras, con tales definiciones y su remisión a la Parte del Decreto DUR aplicable a la UAEGRTD, se concluye que la normativa que rige a esta entidad abarca los dos tipos de predios.

- 6. Como lo determinó la Superintendencia de Notariado y Registro en la Instrucción Administrativa No. 10 del 19 de julio de 2016, la UAEGRTD es la única entidad encargada de administrar el RUPTA. En consecuencia, para prestar el servicio oportuno, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos solo reciben las solicitudes de registro de predios, tanto urbanos como rurales, emitidas mediante acto administrativo de la UAEGRTD que ordene la inscripción o cancelación de medidas de protección.
- 7. Para la época en que la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1037 de 2006<sup>139</sup>, sobre la cual la UAEGRTD fundamenta su falta de competencia, (sentencia que resolvió una situación particular de un predio localizado en el municipio de Ocaña,

En la parte resolutiva del fallo, la Corte Constitucional dispuso respecto a los bienes urbanos del actor: "CUARTO.- ORDENAR a la Alcaldía municipal de Ocaña que, por medio de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, brinde la protección solicitada a los immuebles de propiedad del señor Fernando Quintero Durán que se hallen ubicados en el casco urbano de dicha ciudad, para que ese despacho se abstenga de inscribir actos de enajenación o transferencia sobre dichos immuebles. La protección deberá otorgarse dentro de un término máximo de cinco (5) días a partir de la notificación del presente fallo."

Norte de Santander), no se había creado la UAEGRTD, en cuya cabeza se estableció años más tarde la función de administrar el RUPTA, según lo dispuso el citado Decreto 2365 de 2015.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-821 de 2007, advirtió acerca de la importancia del registro autónomo o especial para los bienes de la población desplazada, en la cual recalcó que cobija <u>tanto a los predios urbanos como a los rurales</u>. Puntualmente la Corte expuso:

"En todo caso, advierte la Corte que para satisfacer las directrices mínimas de protección de los derechos de la población desplazada, debería existir un registro autónomo o especial para esta población, cuando se trate de personas que han abandonado sus bienes inmuebles rurales y urbanos. Este registro permitiría identificar adecuadamente a las personas que han sufrido el despojo de sus bienes y a los predios que por tal razón deben ser protegidos. Una medida de esta naturaleza permitiría crear mecanismos para promover el derecho fundamental a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y serviría para implementar una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes (...)"

Como lo anotó la Corte en dicha oportunidad, el registro de los bienes inmuebles afectados por la violencia, se debe hacer, independientemente de su ubicación geográfica, para satisfacer una garantía mínima de protección.

- 8. En la normativa vigente que rige el tema de las medidas de protección patrimonial sobre predios cuyos titulares son desplazados forzados por la violencia, no hay diferenciación, para fijar competencia, entre predios rurales y urbanos, ni tampoco se excluye expresamente a estos últimos de la competencia de la UAEGRTD.
- 9. Si se excluyen los predios urbanos se atenta contra:
- (i) la adecuada administración del RUPTA;
- (ii) los principios que rigen las actuaciones de registro y cancelación, los cuales velan por la protección jurídica de los bienes afectados y la eficacia de las decisiones administrativas y judiciales (artículo 2.15.1.1.3 del Decreto 1071 de 2015 y artículo 73 de la Ley 1448 de 2011); y
- (iii) los derechos de la población desplazada, en tanto afecta directamente la atención, asistencia y reparación integral que deben recibir como víctimas de la violencia.

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, las personas desplazadas forzosamente se hallan en estado de indefensión. Por lo tanto, el Estado debe velar por el trato preferente a estos individuos, lo cual debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que *"de otra manera se estaría permitiendo* 

que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara".<sup>140</sup>

Por todo lo anterior, la Sala reitera la competencia de la UAEGRTD, como administrador del sistema RUPTA, para tramitar las solicitudes de imposición y levantamiento de medidas de protección patrimonial sobre predios ubicados en zonas urbanas, con fundamento en la normativa anteriormente citada y en los principios que rigen la restitución de bienes afectados por la violencia.

Finalmente la Sala exhorta como medida urgente e inmediata la aplicación del principio de colaboración armónica de las diferentes autoridades, en especial de los municipios, la Superintendencia de Notariado y Registro, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD para que, bajo un marco de eficiencia y eficacia de las funciones administrativas a su cargo y como lo manda la Corte Constitucional mediante el Auto No. 373 de 2016, se desarrolle plenamente lo dispuesto en este: "Esta Sala Especial, por lo tanto, ordenará a la Unidad de Restitución de Tierras la creación de un mecanismo que permita la articulación de las rutas de protección de predios -individual y colectiva- vía su inscripción en el RUPTA, con la política de restitución de tierras." (Ver página 34 de la presente Decisión).

Lo anterior, además, dada la información suministrada en la audiencia pública por funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro, en el sentido de que a nivel urbano, existen 12.851 folios de matrícula inmobiliaria con medida de protección patrimonial: "Una cifra que se debe tener en cuenta, de ruta individual urbana que está ingresada en RUPTA de predios que tienen protección patrimonial asciende a 12.851 folios de matrícula inmobiliaria". (Ver página 6 de la presente Decisión).

La Sala no desconoce que solo una acción coordinada de todas las autoridades que tienen diversas competencias para proteger los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, permitirá la garantía de sus derechos afectados.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** competente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD para tramitar las solicitudes de inscripción y cancelación de medidas de protección a predios urbanos y en consecuencia estudiar y resolver el derecho de petición del señor Juvenal Alzate Agudelo.

**SEGUNDO: ENVIAR** el expediente de la referencia a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD, para lo de su competencia.

**TERCERO: COMUNICAR** la presente decisión a la Alcaldía del Municipio de Medellín, a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – UAEGRTD y a la Unidad para la Atención Integral a las Víctimas.

**CUARTO:** Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente Decisión.

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

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

 Conflicto negativo de competencias administrativas entre la Agencia Nacional de Tierras y la Oficina de Registro e Instrumentos públicos de Neiva.

Asunto: Autoridad competente para resolver la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte relacionada con el levantamiento de una condición resolutoria de un predio adjudicado por el extinto Incoder

#### Radicado 2018-00096

Fecha: 25/09/2018

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

#### I. ANTECEDENTES

De la información y los documentos que obran en el expediente, se pueden extraer los siguientes hechos relevantes:

El 9 de abril de 2018, la señora Mónica Andrade Olarte, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil dirimir el presunto conflicto de competencias suscitado entre la Agencia Nacional de Tierras (ANT) y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, basada en los siguientes hechos:

- La señora Mónica Andrade Olarte y otros, son propietarios del inmueble identificado con el folio de matrícula No. 200-129356 ubicado en el municipio de Campoalegre, Huila, el cual les fue adjudicado por sucesión del señor Jairo Murcia Andrade (folios 29 a 31).
- El 4 de noviembre de 2016 la señora Mónica Andrade solicitó a la Agencia Nacional de Tierras, a través del oficio No. 20161172443, la expedición de un acto administrativo por medio del cual se ordené la cancelación de las condiciones resolutorias contenidas en las anotaciones 1, 2,5 y 6 del folio de matrícula No. 200-129356 (folio 24). Toda vez que en ellas se establecen limitaciones al dominio y prohibiciones a favor del Incora, en razón que el predio fue adjudicado calidad de UAF.
- En respuesta a la solicitud de la señora Andrade, la Agencia Nacional de Tierras
  (ANT) a través de oficio No. 20162119991 del 21 de diciembre de 2016, le informó
  que la Agencia no tiene la obligación de expedir acto administrativo alguno para la
  cancelación de las condiciones resolutorias debido a que ese levantamiento opera
  "ipso jure" (folio 27).
- Con base en lo anterior, el 3 de abril de 2017 la señora Andrade solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva la cancelación de las condiciones resolutorias contenidas en el folio de matrícula No. 200-129356 (folio 26).
- El 24 de abril de 2017, el doctor Jairo Custodio Sánchez Soler, en su calidad de registrador principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva en respuesta a la solicitud de la señora Andrade le informó que conforme a la Ley

1579 de 2012 solo procede la cancelación de las anotaciones cuando se presente orden judicial o administrativa, situación que no sucede en el presente caso.

#### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos (folio 6).

Consta que se informó sobre el presente conflicto a la Agencia Nacional de Tierras, a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y a la señora Mónica Andrade Olarte (folios 6 y 7).

Obra también constancia de la Secretaría en el sentido de que, durante la fijación del edicto, presentó escrito de alegatos el señor Jairo Custodio Sánchez Soler, en su calidad de Registrador principal de Instrumentos Públicos de Neiva (folios 9 a 12).

Una vez revisado la totalidad del expediente y teniendo en cuenta que dentro del mismo no se contaba con la suficiente información para dirimir el presunto conflicto, se profirió Auto de mayo 21 de 2018, con el fin de solicitar información no obrante dentro del expediente (Folios 17 a 19).

Obra constancia secretarial que dentro del término dado por el Auto se recibió la información solicitada por parte de la señora Mónica Andrade Olarte (folios 23 a 32) y por el Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario del Huila, doctor Jhon Fisher Muñoz Camacho (folios 33 a 43).

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

## 1. Agencia Nacional de Tierras (ANT)

Esta entidad no presentó alegatos o consideraciones dentro de la fijación del edicto, no obstante, se expondrán los argumentos esbozados en la respuesta dada a la señora Mónica Andrade Olarte el 21 de diciembre de 2015, la cual fue suscrita por la doctora Nubia Elena Pacheco Gómez, Subdirectora de Administración de Tierras de la Nación.

En primer lugar, señaló que luego de revisar el folio de matrícula No. 200-129356 y conforme a la solicitud de levantar o cancelar la limitación de dominio con ocasión de la condición resolutoria impuesta por el Incora, contenida en las anotaciones 1, 2,5 y 6 del citado folio, evidenció que no era procedente la solicitud de la señora Andrade debido a que el predio se encuentra por fuera del régimen parcelario o de la condición resolutoria propiamente dicha, lo que conlleva a que se acuda a lo contemplado en la ley 160 de 1994, y específicamente manifestó que:

"(...) en aplicación de lo dispuesto en la Ley 160 de 1994 en donde se regula lo pertinente sobre la materia, no se establece que debe operar un levantamiento de la medida, en ese sentido, no es necesario que la agencia se pronuncie ordenando el levantamiento, pues este opera ipso jure, es decir, por el mismo derecho, transcurrido el tiempo que la misma ley fijó. Conforme a lo anterior, este Agencia no debe expedir ningún acto administrativo para cancelar o levantar la condición resolutoria, tampoco es viable emitir el formato de calificación jurídica que dispone el parágrafo 4 del artículo 8 de la Ley 1579 de 2012".

Finalmente, afirmó que "(...) conforme a las normas establecidas en el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos (Ley 1579 de 2012), el cual señala la caducidad de inscripciones de las medidas cautelares y contribuciones especiales en su artículo 64, en donde se manifiesta que dichas medidas tienen una vigencia de (10) años los cuales pueden ser prorrogados, pasado dicho término el registrador de instrumentos públicos de oficio deberá cancelar la inscripción mediante acto administrativo motivado.

## 2. Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva

El doctor Jairo Custodio Sánchez Soler, en calidad de registrador principal de instrumentos públicos de Neiva, manifestó que no puede adelantar el proceso de cancelación solicitado por la señora Mónica Andrade Olarte, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La Superintendencia Delegada para la Restitución, Protección y Formalización de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro a través del concepto de mayo del 2013 analizó el tema de la condición resolutoria y el procedimiento para su cancelación o levantamiento para lo cual citó los artículos 20 y 25 de la ley 160 de 1994 en conjunto con el artículo 1536 del Código Civil, y estableció que la citada condición es aquella cuyo cumplimiento genera la extinción de un derecho. Y para el caso de la condición resolutoria en temas de subsidio de tierras, afirmó que:

"(...) el derecho sometido a condición resolutoria radica en cabeza del beneficiario del subsidio, a quien el Incoder podrá iniciar el trámite administrativo que busca la restitución del valor monetario del subsidio otorgado, en el evento que dentro de un plazo de doce (12) años siguientes al otorgamiento del subsidio, tenga ocurrencia alguno de los hechos futuros e inciertos consagrados por la ley 160 de 1994 para el cumplimiento de la condición. En los términos del artículo 1531 ibídem, el derecho en este caso está sometido a una condición positiva, pues solo en el caso de acontecer el hecho futuro e incierto previsto, se genera la extinción del derecho. La condición resolutoria permite consolidar en cabeza del beneficiario el derecho sobre el valor de subsidio, una vez transcurrido el termino establecido en la ley de 12 años, por tanto, el levantamiento de la condición opera ipso jure por el ministerio de la ley, lo que permite concluir que para su cancelación no es necesario que el Incoder hoy Agencia Nacional de Tierras expida acto administrativo, pues como se ha dicho esta ópera de pleno derecho una vez cumplido el termino establecido en la ley agraria".

No obstante lo anterior, señaló que es distinto el levantamiento ipso jure de la condición resolutoria al procedimiento registral de la cancelación de registro el cual de conformidad con el artículo 62 de la ley 1579 de 2012, procede en los casos en que el Registrador de Instrumentos Públicos se le presente orden judicial o administrativa en tal sentido. Pues, el Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice, lo que implica que los actos de registro no opera en principio de manera oficiosa, sino que es requisito legal que exista una solicitud previa.

En ese orden de ideas, el levantamiento de la condición resolutoria y la prohibición del Incora a que están sometidos los predios adquiridos mediante la adjudicación del subsidio integral de tierras, no existe una norma específica que autorice a los registradores de instrumentos públicos a realizar una inscripción de oficio. Por lo que concluye que "Compeler a los registradores a realizar de oficio este tipo de actos, seria incitarlos a actuar por fuera de la ley y de las competencias que le han sido legalmente asignadas".

Así las cosas, determinó que le corresponde a la Agencia Nacional de Tierras disponer el levantamiento de las anotaciones 1, 2, 5 y 6 del folio de matrícula No. 200-129356, en razón a que en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

#### IV. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia de la Sala y Términos legales

## Competencia del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

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

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

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

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

De acuerdo con estas disposiciones la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configura cuando: (i) dos organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia, (iii) para conocer un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Según los antecedentes, el presente conflicto involucra a dos autoridades del orden nacional, (i) a la Agencia Nacional de Tierras y la (ii) oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, Superintendencia de Notariado y Registro.

Además, se origina en el cumplimiento de una función administrativa, como más adelante se explicará, y recae sobre un asunto de carácter particular y concreto, consistente en determinar quién debe resolver la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte del levantamiento de una condición resolutoria.

Se concluye, por lo tanto, que la Sala de Consulta y Servicio Civil es competente para resolver de fondo este conflicto negativo de competencias.

## b. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, "mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán"<sup>141</sup>. El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que "[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado

<sup>141</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. //2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente". Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que "[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida".

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

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

## 2. Aclaración previa

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

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos fácticos o jurídicos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

# 3. Análisis y solución del conflicto

## 3.1. El problema jurídico

Se trata de establecer, con base en la documentación conocida por la Sala, la autoridad competente para resolver de fondo la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte relacionada con el levantamiento de las anotaciones No. 1, 2, 5 y 6 del folio de matrícula No. 200-129356 las cuales fueron registradas por el Incora dando cumplimiento a los artículos 20 y 25 de la Ley 160 de 1994.

Al respecto, la Agencia Nacional de Tierras niega su competencia argumentando que no es procedente que la entidad emita acto administrativo para el levantamiento de la condición resolutoria registrada por el Incora, en razón a que opera *ipso jure*, por lo que no se

hace necesario la expedición del citado acto administrativo que ordene el levantamiento de las anotaciones en cita

Por su parte, el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Huila niega tener la competencia para adelantar el proceso de cancelación solicitado por la señora Andrade, en razón a que no hay una solicitud administrativa o judicial que se lo ordene conforme a lo estipulado en el artículo 62 de la Ley 1579 de 2012.

Para lo anterior, la Sala estudiará, (i) el proceso de subsidio integral de tierras y la consecuente condición resolutoria que se constituye a favor del Estado, (ii) la liquidación del Incora y el Incoder; (iii) creación y funciones de la Agencia Nacional de Tierras, (iv) El proceso de cancelación de un asiento registral en la Ley 1579 de 2012 y (v) el caso concreto.

# 3.2. El proceso de subsidio integral de tierras y la consecuente condición resolutoria que se constituye a favor del Estado

A partir de la Ley 200 de 1936 se estableció el régimen de tierras, con el fin de resolver los problemas que se presentaban para la época, y con ella se estableció un régimen para el manejo de los baldíos de la Nación, la acreditación de la propiedad privada sobre los citados terrenos y la reglamentación de la prescripción adquisitiva de los predios rurales y urbanos.

Posteriormente se expidió la Ley 135 de 1961 por medio de la cual se estableció la reforma social agraria y se creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), con el siguiente objeto:

"Artículo 1º. Inspirada en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social, esta Ley tiene por objeto:

Primero. Reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico; reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minifundio y dotar de tierra a los que no las posean, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a ésta su trabajo personal.

2º. Fomentar la adecuada explotación económica y la utilización social de las tierras rurales aptas para la explotación agropecuaria y de las incultas, ociosas o deficientemente utilizadas, mediante programas que provean su distribución ordenada, su incorporación al área de explotación económica agraria y su racional aprovechamiento.

Tercero. Acrecer el volumen global de la producción agrícola y ganadera en armonía con el desarrollo de los otros sectores económicos; aumentar la productividad de las

explotaciones por la aplicación de técnicas apropiadas, y procurar que las tierras se utilicen de la manera que mejor convenga a su ubicación y características.

Cuarto. Crear condiciones bajo las cuales los pequeños arrendatarios y aparceros gocen de mejores garantías, y tanto ellos como los asalariados agrícolas tengan más fácil acceso a la propiedad de la tierra.

7º. Promover, apoyar y coordinar las organizaciones que tengan por objeto el mejoramiento económico, social y cultural de la población rural y estimular la participación de las organizaciones campesinas en el proceso integral de reforma agraria, en lo relacionado con la redistribución de la propiedad de la tierra, la modernización de las formas de producción, y la dotación de infraestructura física y de servicios públicos a las áreas rurales.

Los fines que este artículo enumera servirán de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución de la presente ley.

Parágrafo Las disposiciones de la presente ley y en general las normas que se dicten en materia agraria, tendrán efecto general inmediato de conformidad con las normas de la Ley 153 de 1887, salvo las disposiciones expresas de esta ley.

Es así que a través de la ley en cita el gobierno nacional fomentó el acceso a la propiedad y el trabajo agrario de los campesinos del país, para lo cual estableció las siguientes herramientas o procesos administrativos: i) la adjudicación de baldíos, artículo 44), ii) la colonizaciones dirigidas (artículo 45<sup>142</sup>); iii) las unidades agrícolas familiares, UAF (artículo 48<sup>143</sup>) y las parcelaciones (artículo 80).

Ahora bien, conforme al artículo 50 de la norma en cita la Unidad Agrícola Familiar, UAF es aquella "explotación agraria de un fundo que dependa directa y principalmente de la vinculación de la fuerza de trabajo de una misma familia compuesta por el jefe de hogar y su conyugue, compañero o compañera (...)", específicamente el artículo señaló:

<sup>142</sup> Ley 135 de 1961 artículo 45: "Las colonizaciones dirigidas se organizaran en aquellas zonas de terrenos baldíos mejor dotadas de acceso a vías importantes de comunicación y que más aptas sean para cultivos agrícolas o ganadería en pequeña escala por la calidad de los suelos, las corrientes de agua utilizables y las condiciones meteorológicas de la región. En cada zona o sub-zona de colonización dirigida se harán las reservas definitivas necesarias para la conservación de los recursos naturales, el control de las aguas y el establecimiento de granjas de demostración, escuelas, puestos de salud y servicios públicos y de la colonia. Además, cuando ello apareciere indicado, se reservarán terrenos comunales, de pastoreo y superficies suficientes para poblados, cuyos lotes, excluidos los necesarios para los fines indicados arriba y para la construcción de una iglesia católica, se venderán preferentemente a los pequeños colonos vecinos. Es entendido que las reservas para terrenos comunales de pastoreo podrán ser levantadas por el Instituto si con el transcurso del tiempo llegare a estimarse que ello es necesario para atender a más urgentes necesidades económicas".

<sup>143</sup> Ley 135 de 1961 artículo 48: "Las "unidades agrícolas familiares" se asignarán a los trabajadores con la obligación de poner bajo la explotación a lo menos la mitad del predio dentro de los cinco (5) años siguientes, y por medio de contrato escrito, en el cual se harán constar, además, las condiciones siguientes: a). La de que el título definitivo de adjudicación sólo se otorgará cuando el asignatario demuestre haber cumplido, a satisfacción del Instituto, con la obligación de explotación económica provista en el inciso anterior; b) La de que no podrán traspasarse, sin permiso del Instituto, el predio asignado a las mejoras allí realizadas antes de que se haya expedido el respectivo título de adjudicación, y la de que el traspaso sólo podrá hacerse a favor de las personas indicadas en el inciso 3) del artículo 45, o de cooperativas de trabajadores agrícolas; c). La de que el asignatario se obliga a sujetarse al régimen que esta ley establece para las "unidades agrícolas familiares". A iguales reglas, en cuanto sea posible, quedarán sujetas las cooperativas de trabajadores agrícolas que obtengan asignaciones de tierros en zonas de colonización dirigida".

Artículo 50. En los programas de colonización dirigida y de adjudicaciones parcelarias, el Instituto, con la directa participación de los campesinos beneficiarios, dirigirá, orientará y prestará la asesoría técnica y jurídica necesaria para la constitución de empresas comunitarias, la organización de sistemas asociativos o cooperativos de producción o la integración de unidades agrícolas familiares. Se entiende por "Unidad Agrícola Familiar" la explotación agraria de un fundo que dependa directa y principalmente de la vinculación de la fuerza de trabajo de una misma familia compuesta por el jefe del hogar y su cónyuge, compañero o compañera, según el caso, o por parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, sin perjuicio del empleo ocasional de mano de obra extraña al núcleo familiar y que además reúna las siguientes condiciones:

- a) Que la extensión del predio, que dependerá de la naturaleza de la zona, clase de suelos, aguas, posibilidades de irrigación, ubicación, relieve y potencialidad del tipo de explotación agropecuaria para el cual sea apto, pueda suministrar a la familia que lo explota, en condiciones de eficiencia productiva promedio, ingresos no inferiores a tres salarios mínimos.
- b) Que no más de la tercera parte de los ingresos provenientes de la explotación puedan ser destinados al pago de deudas originadas en la compra o adquisición de la tierra.
- c) Que el adjudicatario y su familia puedan disponer de un excedente capitalizable que les permita el mejoramiento gradual de su nivel de vida.

Parágrafo 1º. El Incora deberá observar para la determinación de la extensión de las Unidades Agrícolas Familiares, un promedio nacional de 22 hectáreas por parcela, pero podrá aumentar o disminuir la extensión correspondiente, según la naturaleza y características de la zona y del fundo y su potencialidad para la explotación agropecuaria.

Parágrafo 2º. Para la ejecución de cada programa de reforma agraria, el Incora deberá realizar los estudios correspondientes a los requerimientos de servicios públicos, vías, capital de trabajo, recursos del crédito, condiciones de mercadeo de los productos agropecuarios en la región y demás factores de desarrollo que permitan determinar cabalmente la extensión, uso y productividad de cada Unidad Agrícola Familiar". (Resalta la Sala).

Así las cosas, con fundamento en el citado artículo, el Incora en cumplimiento de sus funciones adjudicó Unidades Agrícolas Familiares a favor de los sujetos de la reforma agraria que cumplieran con los requisitos señalados en la ley.

En el artículo 50 bis de la citada norma se establecieron ciertas condiciones para consolidar el derecho de propiedad:

"Artículo 50 bis. Las Unidades Agrícolas Familiares se adquirirán en propiedad conforme a las siguientes reglas:

a) Los propietarios que hagan uso del derecho de exclusión, según las disposiciones y procedimientos de la presente ley, conservarán el derecho de dominio pleno sobre las Unidades Agrícolas Familiares que se hayan reservado en la etapa de negociación directa o que le sean reconocidas en caso de allanamiento de la demanda dentro del proceso de expropiación.

b) Los adjudicatarios de Unidades Agrícolas Familiares en zonas de parcelación adquirirán la propiedad sobre el inmueble por adjudicación administrativa, sujeta dentro de los 15 años siguientes a la fecha de adjudicación, a las causales de caducidad previstas en la presente ley. (Resalta la Sala).

Por lo tanto, un adjudicatario de una UAF debía cumplir con las condiciones contenidas en el acto de adjudicación, en el reglamento del Incora y en la ley, so pena de que el Estado declare su caducidad y el predio regrese a dominio del Incora, situación que debía quedar registrada en el folio de matrícula del predio adjudicado.

Al respecto, el artículo 51 de la Ley 135 de 1961 determinó las siguientes condiciones:

Artículo 51. Los adquirentes a cualquier título de Unidades Agrícolas Familiares contraen, por el solo hecho de la adjudicación, la obligación de sujetarse a las reglamentaciones existentes sobre uso y protección de los recursos naturales renovables así como a las disposiciones sobre caminos y servidumbres de tránsito y de aguas que al efecto dicte el Instituto para la zona correspondiente. <u>Durante los quince años siguientes a la</u> adjudicación administrativa de una Unidad Agrícola Familiar no se podrá transferir el derecho de dominio, ni su posesión o tenencia, sino a personas que reúnan las condiciones para ser beneficiarios de su adjudicación, dentro de los programas de parcelación de la reforma agraria. No serán adjudicables en ningún caso las franjas de terreno o áreas aledañas a los nacimientos de aquas en zonas de parcelación. La comunidad asentada en la concentración parcelaria respectiva administrará dichos nacimientos de agua conjuntamente con el Inderena o con la corporación autónoma regional competente, según sea el caso. Dentro de los quince años siguientes a la adjudicación administrativa de la propiedad de una Unidad Agrícola Familiar, el adjudicatario deberá solicitar autorización previa al Incora para enajenar, arrendar o gravar el predio. EL Incora dispone de los tres meses siguientes a la recepción del escrito de solicitud para manifestar si expide o no la autorización correspondiente, transcurridos los cuales, si no se pronunciare, se entenderá que consiente en la cesión o gravamen propuestos. <u>Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad de la adjudicación, serán absolutamente</u> nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los notarios y registradores otorgar e inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al Incora, junto con la declaración juramentada del adjudicatario de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo. En los casos de enajenación de la propiedad o de cesión de la posesión o tenencia sobre una Unidad Agrícola Familiar, el adquirente o cesionario se subrogará, en todas las obligaciones contraídas por el enajenante o cedente a favor del Incora. Los adquirentes del derecho de dominio sobre una Unidad Agrícola Familiar, deberán informar al Instituto sobre cualquier proyecto de enajenación del inmueble, con posterioridad a los quince años siguientes a la adjudicación, para que éste haga uso de la opción de readquirirlo dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la recepción del escrito que contenga el informe sobre el proyecto de enajenación. Si el Incora rechazare expresamente la opción, o guardare silencio dentro del plazo establecido para tomarla, el adjudicatario quedará en libertad de disponer del inmueble.

*(…)* 

Parágrafo 1º. Los notarios y registradores de instrumentos públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con la vacancia del cargo o con la destitución, se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que generen la transmisión a favor de terceros de Unidades Agrícolas Familiares, en las que no se acredite haber dado al Incora el derecho de opción así como constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito; y en las que no se protocolice el avalúo comercial del predio practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi a solicitud del enajenante, y el correspondiente paz y salvo expedido por el Fondo Nacional Agrario que acredite haberse hecho la consignación de que trata este artículo.

*(…)* 

Parágrafo 4º. El incumplimiento por parte del adjudicatario de las obligaciones de que trata el presente artículo dará lugar a la declaratoria de caducidad de la adjudicación". (Resalta la Sala).

De la lectura del citado artículo se tiene que una vez se le adjudica una UAF a un campesino, este debe cumplir con las condiciones descritas en el precitado artículo, so pena de que el Estado haga uso de la condición resolutoria y el predio regrese al dominio del Incora.

Por su parte, el artículo 81 de la citada norma estableció que las Unidades Agrícolas Familiares serían entregadas en propiedad a personas de escasos recursos y por medio de adjudicación administrativa sujeta durante 15 años subsiguientes a las causales de caducidad establecidas en la Ley 135 de 1961, razón por la cual en el inciso segundo del precitado artículo se estableció:

"Artículo 81. (...) El Instituto dictará la reglamentación para las zonas de parcelación, conforme a las siguientes reglas:

1º. Adquisición de la propiedad por Adjudicación Administrativa: <u>Los adjudicatarios de Unidades Agrícolas Familiares adquirirán la propiedad de la respectiva parcela mediante resolución expedida por el Gerente General del Incora, que se inscribirá en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente y en la que se establecerá el</u>

bien objeto del derecho que se constituye, las obligaciones y derechos del adjudicatario, las condiciones para la enajenación de la propiedad, constitución de gravámenes o transferencia de la posesión o tenencia del bien, la vinculación del predio a formas asociativas de producción, y las causales de caducidad del derecho que se constituye. (...)". (Resalta la Sala).

Es así que la norma ordenó que toda adjudicación que fuera otorgada por el Incora debía ser registrada ante la oficina de registro de instrumentos públicos y que en dicho asiento se establecieran las causales de caducidad, así como la constitución de gravámenes a favor del Estado como sucedió en el caso en concreto.

En años siguientes el gobierno nacional expidió la Ley 160 de 1994, norma que derogó de forma expresa la Ley 135 de 1961 y a través de ella se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras y se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Es así que en su artículo 25 de estableció:

"Artículo 25. Los beneficiarios de los programas de reforma agraria deberán restituir al Incora el subsidio, reajustado a su valor presente, en los casos en que enajene o arriende el terreno adquirido con el subsidio dentro de los doce (12) años siguientes a su otorgamiento sin la autorización expresa e indelegable de la Junta Directiva del Incora, o si se estableciere que el predio no está siendo explotado adecuadamente por el campesino a juicio del Instituto, o se comprobare que incurrió en falsedades para acreditar los requisitos como beneficiario de la reforma agraria. La autorización para la enajenación solo podrá comprender a quienes tengan la condición de sujetos de reforma agraria y en ningún caso se permitirá el arrendamiento de la unidad agrícola familiar.

En las escrituras de adquisición de predios subsidiados por parte del Estado se anotará esta circunstancia, así como la obligación del propietario de adelantar directamente su explotación, y deberá establecerse una condición resolutoria del subsidio en favor del Incora por el término de 12 años, cuando ocurran los eventos previstos en el inciso anterior. (...)

Parágrafo. Los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con la destitución, se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que contengan la transmisión del dominio o la posesión de predios adquiridos con subsidio en las que no se protocolice la autorización expresa y escrita del Incora para llevar a cabo la enajenación, dentro del término previsto en este artículo.

Serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención a lo aquí dispuesto". (Resalta la Sala)

Es así que a partir de la expedición de la Ley 160 de 1994 se estableció de forma expresa la obligación de que el Estado establezca una condición resolutoria a su favor, con el fin de que cumplir con los fines de la norma referente al subsidio de tierras y la función social

de la propiedad rural que adjudica el Incora, hoy Agencia Nacional de Desarrollo Rural y Agencia Nacional de Tierras. De igual forma, en la nueva norma se redujo el plazo y paso a doce (12) años de quince (15) que establecía la norma anterior.

Con la expedición de la Ley 160 no se introdujo una regla o norma que reglamentara la cancelación de las condiciones resolutorias y de la prohibición de enajenación a favor del Incora o del Incoder, por lo que dicho proceso se debe regular o tramitar conforme a la norma especial, es decir, el estatuto registral.

Ahora bien, en el artículo 39 de la ley en cita se estableció el régimen aplicable a las Unidades Agrícolas Familiares que se adjudicaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 160, para lo cual se determinó:

"Artículo 39. Quienes hubieren adquirido del Incora Unidades Agrícolas Familiares con anterioridad a la vigencia de la presente ley, quedan sometidos al régimen de propiedad parcelaria que en seguida se expresa:

 $(\ldots)$ 

Hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio, su posesión o tenencia sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas. En este caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa del Incora para enajenar, gravar o arrendar la Unidad Agrícola Familiar.

El Instituto dispone de un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la recepción de la petición, para expedir la autorización correspondiente, transcurridos los cuales, si no se pronunciare, se entenderá que consiente en la propuesta del adjudicatario. Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad de la adjudicación, serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los Notarios y Registradores otorgar e inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al Incora, junto con la declaración juramentada del adjudicatario, de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo.

En los casos de enajenación de la propiedad, cesión de la posesión o tenencia sobre una Unidad Agrícola Familiar, el adquirente o cesionario se subrogará en todas las obligaciones contraídas por el enajenante o cedente a favor del Instituto.

Quienes hayan adquirido el dominio sobre una parcela <u>cuya primera adjudicación se</u> <u>hubiere efectuado en un lapso superior a los quince (15) años, deberán informar al Instituto respecto de cualquier proyecto de enajenación del inmueble, para que éste haga uso de la primera opción de readquirirlo dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de recepción del escrito que contenga el informe respectivo. Si el Incora</u>

rechazare expresamente la opción, o guardare silencio dentro del plazo establecido para tomarla, el adjudicatario quedará en libertad para disponer de la parcela.

Los Notarios y Registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas, que traspasen el dominio de Unidades Agrícolas Familiares en favor de terceros, en las que no se acredite haber dado al Incora el derecho de opción, así como la constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito". (Resalta la Sala).

Es así que conforme a lo expuesto anteriormente se tiene que, (i) el Estado a través de Unidades Agrícolas Familiares, UAF, adjudica predios y otorga subsidios a las personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes para ello y que, además trabajan en el campo, con el fin de fomentar el desarrollo rural del campo; (ii) dicha adjudicación está sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, so pena de que se restituya a favor del Estado tanto el predio como el subsidio; (iii) para garantizar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la Ley se constituye una condición resolutoria a favor del Estado; (iv) el adjudicatario solo puede disponer del predio cuando transcurran 15 años sin que se cumplan alguna de las condiciones que el Estado estableció para hacer uso de la condición resolutoria; (v) en caso de que el adjudicatario pretenda enajenar el bien debe informar al Incora, hoy Agencia Nacional de Tierra, para que haga el uso de la primera opción de compra o en caso negativo autorizar su enajenación, para el cumplimiento de esta regla la entidad adjudicataria registra una prohibición en los folios de matrícula de los predios adjudicados; (v) los Registradores se deben abstener de inscribir escrituras públicas que traspasen el dominio de las UAF a favor terceros, sin antes haber verificado que se dio la primera opción de compra al Estado y la respuesta de su rechazo expreso o tácito, conforme a la ley.

## 3.3. La liquidación del Incora y el Incoder

# a. Liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora)

A través del artículo 2º de la Ley 135 de 1961 se creó el Incora, con el fin de promover el desarrollo rural en el campo colombiano y para lo cual se le otorgaron diferentes funciones como:

Artículo 3º. Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicar las o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta Ley.

 $(\ldots)$ 

- b) Administrar el Fondo Nacional Agrario.
- c) Determinar, de conformidad con los procedimientos que la presente ley establece, las zonas de reforma agraria en áreas precisas y delimitadas del territorio nacional

donde deban adelantarse programas para el cumplimiento de los fines de la presente ley, y formular y ejecutar los respectivos programas, para lo cual realizará directamente o en colaboración con otras entidades públicas el estudio de las distintas regiones que pretendan afectarse.

- d) Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que perecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales;
- e) Promover y ejecutar conjuntamente con otras entidades legalmente habilitadas, mediante mecanismos de cofinanciación, la construcción de vías necesarias para dar fácil acceso a las regiones de colonización, parcelación o concentraciones parcelarias, y la de caminos vecinales que comuniquen zonas de producción agrícola y ganadera con la red vial nacional, departamental o municipal.
- f) Promover y ejecutar en coordinación con las entidades públicas a las que haya sido asignada expresa competencia, programas y proyectos de recuperación de tierras, reforestación, avenamiento y regadíos en regiones de colonización, parcelación o concentraciones parcelarias, y en aquellas otras donde tales programas faciliten la reforma de la estructura y el mejoramiento de la productividad de la propiedad rústica.

*(…)* 

- h) Realizar programas de adquisición de tierras en zonas rurales, mediante negociación directa con los propietarios que las enajenen voluntariamente o decretar su expropiación cuando fuere necesaria, de conformidad con los procedimientos que la presente ley establece; adelantar programas de redistribución, adjudicación y dotación de tierras a la población campesina en las parcelaciones y colonizaciones que con tal objeto establezca, y dar a los cultivadores directamente o con la cooperación de otras entidades, la ayuda técnica y financiera para su establecimiento en tales tierras, y para la adecuada explotación de éstas y el transporte y venta de sus productos.
- i) Realizar concentraciones parcelarias en las zonas de minifundio.

*(...)* 

I) En general, desarrollar las actividades que directamente se relacionen con los fines enunciados en el artículo primero de la presente ley y por los medios que en ésta se señalan.

*(…)* 

 $\tilde{n}$ ) En general, desarrollar las actividades que directamente se relacionen con los fines enunciados en el artículo  $1^{\circ}$  de la presente ley y por los medios que en ésta se señalan". (Resalta la Sala).

Es así como en el presente caso y en cumplimiento de las citadas funciones, el Incora adjudicó una décima parte del predio "la Aurora" y otorgó un subsidio a favor del señor Ernesto Quimbaya Ortiz a través de la Resolución No. 1103 de 1978; posteriormente a través de la Resolución No. 1681 de 1993 el Incora adjudicó una décima parte del predio denominado "la Aurora" a favor de los señores Victoriano Chambo, González Barreiro Alfonso, Patricia Maldonado Cortés, Luis Felipe Perdomo, Ernesto Quimbaya Ortiz, José Antonio Rada, Hermógenes Rojas, Carlos Sánchez y Esther Serrano Galindo, las anteriores adjudicaciones se adelantaron en el marco del proceso establecido en la Ley 135 de 1961 para la entrega de Unidades Agrícolas Familiares.

Mediante el Decreto 1292 de 2003 el gobierno nacional ordenó la entrada en proceso de liquidación del Incora, el cual debía concluir en un tiempo máximo de tres años. Por lo tanto, a través de dicha norma se adelantó su proceso liquidatario el cual culminó el 31 de diciembre de 2007 por medio de la Resolución 1389 de 2007 emitida por el gerente liquidador, entregando todos sus archivos y funciones al Incoder.

# b. Liquidación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)

Con la expedición del Decreto 1300 de 2003 se creó el Incoder con el objetivo de asumir las funciones de las entidades liquidadas por el gobierno en materia de desarrollo rural por lo que,

"(...) dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, el Gobierno Nacional ordenó la supresión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT), del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural (DRI) y del Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura (INPA), razón por la cual se hace necesario crear una entidad de Desarrollo Agropecuario y Rural que cumpla con los objetivos de las entidades suprimidas".144

Así las cosas, a partir del año 2003 el Incoder asumió las funciones que el Incora venía desarrollando en materia de desarrollo rural, adjudicación de UAF y la administración y manejo de los baldíos de la Nación. Luego por medio del Decreto 3759 de 2009 se modificó la estructura del Incoder y se le establecieron las siguientes funciones:

Las funciones del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), serán las siguientes:

(...)

2. Coordinar el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino - subsistema de adquisición y adjudicación de tierras a nivel regional y local, para la definición de programas de desarrollo agropecuario sostenible que permitan a los actores rurales la identificación de oportunidades productivas y la concertación de las inversiones requeridas.

- 3. Promover la consolidación económica y social de las áreas de desarrollo rural, mediante programas de desarrollo productivo agropecuario, forestal y pesquero de propósito común que permitan atender realidades específicas de las comunidades rurales y étnicas, en consonancia con las políticas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y en cumplimiento del Plan Anual de Inversiones aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes).
- 4. Financiar y cofinanciar planes, programas y proyectos de inversión para la ejecución de programas de desarrollo agropecuario y rural en los territorios en donde se establezcan áreas de actuación.
- 5. Otorgar subsidios directos a través de concursos mediante convocatorias públicas transparentes que atenderán criterios objetivos de selección, para beneficiar a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos o en situación de desplazamiento y a los productores beneficiarios de programas especiales del Gobierno nacional, con la presentación del proyecto productivo financiera, ambiental, técnica y socialmente viable para la adquisición de tierras y parte de los requerimientos financieros de los proyectos productivos.
- 6. Ejecutar la interventoría técnica y financiera de los proyectos que sean objeto de subsidio. Tal interventoría puede ser efectuada directamente o contratada con un tercero que demuestre idoneidad técnica, física, financiera y tecnológica para adelantar dicha función.
- 7. Administrar y adjudicar los predios del Fondo Nacional Agrario, hacer seguimiento a las adjudicaciones y aplicar, previo el procedimiento respectivo, las condiciones resolutorias y caducidades administrativas a que haya lugar.

*(…)* 

- 11. Adjudicar baldíos con vocación productiva a los campesinos que directamente los ocupen o celebrar sobre ellos contratos, en los términos establecidos en la Ley 160 de 1994 y administrar y regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la Nación.
- 12. Adjudicar baldíos en las zonas de expulsión y recepción de la población afectada por el desplazamiento forzado, en los términos establecidos en las Leyes 160 de 1994 y 387 de 1997.
- 13. Adjudicar baldíos a entidades de derecho público y privado y constituir zonas de reserva.

*(...)* 

18. Adelantar los procedimientos agrarios de clarificación, extinción, recuperación de baldíos indebidamente ocupados, deslinde y reversión.

*(...)* 

41. Las demás funciones que le señale la ley". (Resalta la Sala).

De la lectura del citado artículo se concluye que el Incoder asumió las funciones que en su momento tuvo el Incora y como consecuencia de ello recibió el seguimiento a los subsidios y las UAF que habían sido adjudicados por el Incora y hasta se le facultó para declarar su caducidad y hacer uso de la condición resolutoria, en caso de ser necesario.

No obstante, en el año 2015 mediante el Decreto 2365 se ordenó suprimir el Incoder y proceder a su liquidación. Lo anterior con fundamento en la Ley 1753 de 2015, que en su capítulo III estableció la necesidad de contar con un arreglo institucional integral que permita corregir las brechas de bienestar y oportunidades de desarrollo entre regiones rurales.

Es así que conforme al mandato del artículo 2º del Decreto 2365 de 2015, el citado proceso de liquidación debía culminar en una año a partir de la vigencia de la citada norma. Por su parte, el artículo 17 de la norma estudiada destaco que la entrega de los archivos del Incoder en liquidación debía pasar a la Agencia Nacional de Tierras y la Agencia de Desarrollo Rural, de conformidad con lo contemplado en el Decreto 029 de 2015.

Finalmente, el Incoder terminó su proceso de liquidación el 6 de diciembre de 2015, y entregó sus archivos a la ANT sobre el manejo de las tierras de la nación y lo relacionado con ellas, y a la Agencia de Desarrollo Rural, ADR, le entregó lo relacionado con la ejecución de la política de desarrollo agropecuario y rural del país (Decreto 2364 de 2015).

## 3.4. Creación y funciones de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)

Una vez suprimido el Incoder, el Gobierno nacional creó la Agencia Nacional de Tierras a través del Decreto 2363 de 2015, con el fin de que asumiera la tarea de ser la máxima autoridad de las tierras de la Nación, específicamente se creó con el objeto de "ejecutar la política de ordenamiento social de la propiedad rural formulada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para lo cual deberá gestionar el acceso a la tierra como factor productivo, lograr la seguridad jurídica sobre está, promover su uso en cumplimiento de su función social de la propiedad y administrar y disponer de los predios rurales de la Nación<sup>145</sup>".

Es así que en el artículo 4º se establecieron las funciones de la ANT así:

"Funciones. Son funciones de la Agencia Nacional Tierras, las siguientes:

1. Ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sobre el ordenamiento social propiedad rural.

2. Ejecutar procesos de coordinación para articular e integrar las acciones de la Agencia con las autoridades catastrales, la Superintendencia de Notariado y Registro, y otras y autoridades públicas, comunitarias o privadas de acuerdo con las políticas y directrices fijadas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

*(…)* 

5. Apoyar la identificación física y jurídica de las tierras, en conjunto con la autoridad catastral, para la construcción del catastro multipropósito.

*(…)* 

- 7. Ejecutar los programas de acceso a tierras, con criterios de distribución equitativa entre los trabajadores rurales en condiciones que les asegure mejorar sus ingresos y calidad de vida.
- 8. Otorgar el Subsidio Integral de Reforma Agraria, conforme a las políticas y lineamientos fijados por el Gobierno nacional.

*(...)* 

- 12. Hacer el seguimiento a los procesos de acceso a tierras adelantados por la Agencia, en cualquiera de sus modalidades y aquellos que fueron ejecutados por el Incoder o por el Incora, en los casos en que haya lugar.
- 13. Verificar el cumplimiento de los regímenes de limitaciones a la propiedad derivadas de los procesos de acceso a tierras, de conformidad con la ley.

(...)

21. Impulsar, ejecutar y apoyar según corresponda, los diversos procedimientos judiciales o administrativos tendientes a sanear la situación jurídica de los predios rurales, con el fin de obtener seguridad jurídica en el objeto de la propiedad.

(...)"

Conforme a lo anterior y el objeto de la Agencia Nacional de Tierras, la Sala evidencia que esa entidad asumió las tareas que habían sido ejercidas por el Incora y el Incoder sobre las tierras rurales de la Nación, así como promover el ordenamiento social de la propiedad rural, para lo cual específicamente se le otorgó la función de apoyar, impulsar o ejecutar los procedimientos judiciales o administrativos para sanear la situación jurídica de la propiedad rural.

Con fundamento en lo preceptuado en la norma que crea la Agencia Nacional de Tierras, específicamente las funciones dadas en materia de tierras, para la Sala es claro que esta entidad asumió la competencia en materia de adjudicación y seguimiento de los pre-

dios rurales que había estado en cabeza del Incora, por lo que le correspondería revisar y decidir sobre la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte referente a la cancelación de las condiciones resolutorias y las prohibiciones impuestas en su momento por el Incora al predio la Aurora con el folio de matrícula inmobiliaria No. 200-129356.

# 3.5. El proceso de cancelación de un asiento registral. Ley 1579 de 2012

Actualmente la Ley 1579 de 2012 es la norma por medio de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico el estatuto de registro de instrumentos públicos y en ella se regula lo concerniente a la inscripción, corrección y cancelación de asientos registrales de las matriculas inmobiliarias de los inmuebles rurales o urbanos.

Referente a la función registral se tiene que la Ley 1579 de 2012 estableció en su artículo 3º los principios que rigen la actuación de los registradores, a saber: (i) rogación, (ii) especialidad, (iii) prioridad o rango, (iv) legalidad, (v) legitimación y (vi) tracto sucesivo. Específicamente para el caso en concreto es necesario citar la definición que la norma da para el principio de rogación:

**"Rogación:** Los asientos en el registro se practican <u>a solicitud de parte interesada,</u> del Notario, por orden de autoridad judicial o administrativa. El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la Ley lo autorice". (Resalta la Sala).

Así las cosas, se tiene que todo acto que afecte un bien sujeto a registro y que se quiera incorporar en su respectivo folio de matrícula inmobiliaria deberá ser solicitado por: (i) Notario, (ii) autoridad judicial o (iii) administrativa, o en caso de que no medie la citada solicitud, el registrador solo hará inscripciones cuando la Ley se lo autorice.

Ahora bien, el citado estatuto registral regula lo concerniente a la cancelación de asientos registrales en el capítulo XIV, y define este como *"el acto por el cual se deja sin efecto un registro o una inscripción"* es así que por medio del citado proceso se cancelan actuaciones como las hipotecas o medidas cautelares, o en este caso se cancela la condición resolutoria expresa y la prohibición hecha por el Incora.

Es así que, el artículo 62 de la norma en cita señala cuando es viable una cancelación y destacó que solo ocurre cuando se le presente la prueba de su ocurrencia en algún título o acto, o cuando se le demuestre una orden judicial o administrativa que ordene su trámite. Por lo tanto, una vez el registrador constate los requisitos para la procedencia de la cancelación, se adelantara la respectiva inscripción en el folio de matrícula haciendo hincapié en el acto o providencia que la ordena, el artículo en cita señala:

"Artículo 62. Procedencia de la cancelación. El Registrador procederá a cancelar un registro o inscripción cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título

o acto, o la orden judicial o administrativa en tal sentido. La cancelación de una inscripción se hará en el folio de matrícula haciendo referencia al acto, contrato o providencia que la ordena o respalda, indicando la anotación objeto de cancelación".

Por lo tanto, es claro que toda cancelación registral debe estar ordenada por un juez o autoridad administrativa o permitida expresamente por la Ley; situación que obliga a que el registrador siempre solicite dichos actos u órdenes para adelantar el proceso de cancelación y en caso de que no existan no procederá a cancelar el asiento registral solicitado, en razón a que la norma no se lo permite.

Por su parte, el artículo 64 determinó que las medidas cautelares tendrán una vigencia de diez (10) años desde su registro, no obstante, la autoridad que las ordenó puede solicitar su renovación con una vigencia de cinco (5) años prorrogables por igual período hasta por dos veces, siempre y cuando dicha solicitud se realice antes del vencimiento de los 10 años. Luego de que se cumpla el citado termino o sus prorrogas la inscripción será cancelada por el registrador mediante acto administrativo debidamente motivado y de cúmplase, cuando medie solicitud por escrito del respectivo titular del derecho real.

Asimismo, el citado artículo (64) en su parágrafo, regula lo concerniente a la vigencia de la caducidad de medidas cautelares, en especial aquellas registradas antes de la promulgación de la Ley 1579 de 2012, a saber:

## "Artículo 64 (...)

**Parágrafo**. El término de diez (10 años) a que se refiere este artículo se empieza a contar a partir de la vigencia de esta ley, para las medidas cautelares registradas antes de la expedición del presente estatuto".

De acuerdo a lo anterior y lo expresado por la Agencia Nacional de Tierras, es claro que esta norma no es aplicable al caso en concreto. En primer lugar, porque las anotaciones hechas por el registrador de instrumentos públicos de Neiva en el folio de matrícula No. 200-129356 no corresponden a una medida cautelar sino a una limitación de dominio a favor del Estado. En segundo lugar, el citado término de caducidad se comenzaría a contar a partir de la vigencia de la norma (Ley 1579 de 2012), es decir el 1º de octubre de 2012.

Por lo tanto, de la revisión del estatuto registral la Sala concluye: (i) los procesos que se llevan a cabo por los registradores de instrumentos púbicos se rigen por el principio de rogación, (ii) el proceso de cancelación de un asiento registral no escapa de la aplicación de dicho principio, por lo que es necesario que siempre medie un acto u orden judicial o administrativa que solicite la respectiva cancelación y (iii) la caducidad de medidas cautelares contenida en el artículo 64 no aplica para el caso en concreto debido.

#### 4. Caso concreto

El conflicto aquí planteado se presenta porque en los años 1978 y 1993 el Incora a través de las Resoluciones No. 1103 y 1681 respectivamente, adjudicó el predio la Aurora a Vic-

toriano Chambo, González Barreiro Alfonso, Patricia Maldonado Cortés, Luis Felipe Perdomo, Ernesto Quimbaya Ortiz, José Antonio Rada, Hermógenes Rojas, Carlos Sánchez y Esther Serrano Galindo, a través de la modalidad de Unidades Agrícolas Familiares, UAF, lo que conllevó a que la citada entidad procediera a registrar las resoluciones de adjudicación y se establecieran las correspondientes anotaciones de: (i) condición resolutoria expresa y (ii) la prohibición impuesta por el Incora en el folio de matrícula No. 200-129356.

Al año siguiente el señor Jairo Andrade Murcia a través de la escritura No. 151 del 12 de marzo de 1997 adquirió la totalidad del predio la Aurora, con la correspondiente autorización del Incora para la enajenación del mismo. No obstante, el 21 de agosto de 1997 se registra la escritura No. 703 por medio del cual se adjudicó en sucesión el citado predio a Mónica Andrade Olarte, Jairo Andrade Olarte, Lina Maria Andrade Olarte, Luis Arturo Andrade Olarte y María Adalgiza Olarte de Andrade.

En ese orden de ideas, la señora Mónica Andrade Olarte solicitó a la Agencia Nacional de Tierras y al Registrador Público de Neiva la cancelación de los asientos registrales referente a las condiciones resolutorias expresas y las prohibiciones impuestas por el Incora. Sin embargo, las citadas entidades negaron su competencia, la primera de ellas negó su competencia y argumentó que la cancelación de la condición resolutoria opera *ipso jure* por lo que no es necesario que se pronuncie al respecto, sino que el registrador de instrumentos públicos tiene la facultad para cancelar las anotaciones como lo solicitó la señora Andrade.

Por su parte, el Registrador de Instrumentos Públicos de Neiva negó tener la competencia para adelantar el proceso de cancelación de las anotaciones registrales solicitado por la señora Andrade, para ello argumentó que dicho proceso debe estar precedido por una solicitud judicial o administrativa o en caso de no contar con esos documentos solo procederá a cancelar el asiento cuando la ley se lo permita, situación que no se presenta en el caso en concreto, por lo que no adelantó el proceso de cancelación.

Para resolver el presunto conflicto de competencias la Sala resalta los siguientes puntos respecto al proceso de adjudicación del predio la Aurora, el proceso de cancelación de un asiento registral y el caso concreto:

i) El proceso de adjudicación de la Unidad Agrícola Familiar, UAF, a favor de los señores Victoriano Chambo, González Barreiro Alfonso, Patricia Maldonado Cortés, Luis Felipe Perdomo, Ernesto Quimbaya Ortiz, José Antonio Rada, Hermógenes Rojas, Carlos Sánchez y Esther Serrano Galindo se adelantó bajo los postulados de la Ley 135 de 1961<sup>147</sup>, modificada por las Leyes 1 de 1968, 4 de 1973 y 30 de 1988.

<sup>147</sup> Ley 135 de 1961, "Artículo 50 bis. Las Unidades Agrícolas Familiares se adquirirán en propiedad conforme a las siguientes reglas: a) Los propietarios que hagan uso del derecho de exclusión, según las disposiciones y procedimientos de la presente ley, conservarán el derecho de dominio pleno sobre las Unidades Agrícolas Familiares que se hayan reservado en la etapa de negociación directa o que le sean reconocidas en caso de allanamiento de la demanda dentro del proceso de expropiación. b) Los adjudicatarios de Unid b) Los adjudicatarios de Unidades Agrícolas Familiares en zonas de parcelación adquirirán la propiedad sobre el inmueble por adjudicación administrativa, sujeta dentro de los 15 años siguientes a la fecha de adjudicación, a las causales de caducidad previstas en la presente ley. Parágrafo. En ningún caso un solo titular, por sí o por interpuesta persona, podrá ejercer el derecho de dominio, ni la posesión o tenencia, a ningún título, de más de dos Unidades Agrícolas Familiares en zonas de parcelación. La violación de esta prohibición dará lugar a la declaratoria de caducidad de las adjudicaciones. Esta limitación no se extiende a las porciones de un predio que correspondan al área sobre la cual se ha ejercido el derecho de exclusión." (resolta la Sala).

- ii) Conforme a la Ley 135 de 1961 toda adjudicación de una UAF tiene como requisito el registro de una condición resolutoria expresa por el término de 15 años (hoy en día 12 años, conforme a la Ley 160 de 1994<sup>148</sup>). De igual forma, se establece una prohibición de enajenación por parte de la autoridad adjudicataria, en donde esta última tiene la primera opción de compra en caso de que se quiera vender el predio, en caso contrario debe autorizar la enajenación del bien y levantar la prohibición impuesta.
- iii) La competencia para adjudicar predios a través de Unidades Agrícolas Familiares ha estado en cabeza de diferentes autoridades del orden nacional; en primer lugar, en cabeza del Incora hasta el año 2003, en dicho año el Incoder asumió la citada función hasta el año 2015, fecha en la cual entró en funcionamiento la Agencia Nacional de Tierras (ANT) quien asumió la tarea de ser la máxima autoridad de las tierras de la Nación, quien actualmente está facultada para otorgar subsidios y adjudicar predios a favor de los sujetos de la reforma agraria.
- iv) El proceso de cancelación de un asiento registral está en cabeza del Registrador de Instrumentos Públicos, no obstante, dicho proceso debe ser adelantado por solicitud de autoridad judicial o administrativa y no de forma oficiosa. En caso de no contar con las citadas órdenes o actos administrativos, el registrador solo puede adelantar el proceso de cancelación registral cuando la ley se lo permita, situación que no ocurre en el presente caso, pues la norma agraria no establece esta facultad aun cuando sí exige autorización previa de la autoridad adjudicataria para poder enajenar el predio rural.

Por lo tanto, para la Sala es claro que quien tiene la obligación de emitir acto administrativo solicitando la cancelación de las anotaciones registrales es la Agencia Nacional de Tierras (ANT) entidad que, i) asumió las funciones que tenían el Incora y el Incoder y continuó con lo que se encontraba a cargo de ellas en materia de tierras; y ii) actualmente cuenta con competencia para adelantar procesos de adjudicación de UAF y compra de predios para que el cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva a que pueda solicitar la cancelación de los asientos registrales impuestos por el Incora en el caso en concreto; lo anterior luego de que la entidad revise que se cumplan con los requisitos de ley para que sea procedente la citada cancelación. Asimismo, si es del caso, la ANT tiene la competencia para optar por la opción de compra del predio y en caso contrario autorizar su enajenación como lo establece la ley.

En ese orden de ideas, la Sala determinará que la competencia para evaluar si es viable, y en caso afirmativo, ordenar la cancelación de las anotaciones No. 001, 002, 005 y 006 del folio de matrícula inmobiliaria No. 200-129356 de la afectación impuesta por el Incora, es de la Agencia Nacional de Tierras (ANT) por las razones expuestas anteriormente.

<sup>148</sup> Ley 160 de 1994, "artículo 25. Los beneficiarios de los programas de reforma agraria deberán restituir al Incora el subsidio, reajustado a su valor presente, en los casos en que enajene o arriende el terreno adquirido con el subsidio dentro de los doce (12) años siguientes a su otorgamiento sin la autorización expresa e indelegable de la Junta Directiva del Incora, o si se estableciere que el predio no está siendo explotado adecuadamente por el campesino a juicio del Instituto, o se comprobare que incurrió en falsedades para acreditar los requisitos como beneficiario de la reforma agraria. La autorización para la enajenación solo podrá comprender a quienes tengan la condición de sujetos de reforma agraria y en ningún caso se permitirá el arrendamiento de la unidad agrícola familiar".

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR** competente a la Agencia Nacional de Tierras para evaluar la solicitud de la señora Mónica Andrade Olarte referente a la cancelación de los asientos registrales No. 001, 002, 005 y 006 del folio de matrícula inmobiliaria No. 200-129356.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente del presente conflicto de competencias a la Agencia Nacional de Tierras para lo de su competencia.

**TERCERO. COMUNICAR** esta decisión a la Agencia Nacional de Tierras, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, al Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario del Huila y a la señora Mónica Andrade Olarte.

**CUARTO. ADVERTIR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, como lo dispone expresamente el inciso tercero del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

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

#### 11. Procuraduría General de la Nación – Provincial de Fusagasugá.

Asunto: Órgano competente para conocer las investigaciones disciplinarias contra curadores urbanos por hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del título IV de la Ley 1796 de 2016

#### Radicado 2018-00192

Fecha: 27/11/2018

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

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

#### I. ANTECEDENTES

- El 20 de septiembre de 2017 la Directora de Control Fiscal de la Contraloría Municipal de Soacha remitió al Procurador Provincial de Fusagasugá (Cundinamarca) cinco hallazgos administrativos con presunta incidencia disciplinaria en contra de los "funcionarios" de la Curaduría Urbana No. 1 de Soacha (Cundinamarca)<sup>149</sup>.
- 2. El 24 de octubre de 2017 la Procuraduría Provincial de Fusagasugá "trasladó" a la Superintendencia Delegada para Curadores Urbanos de la Superintendencia de Notariado y Registro los hallazgos remitidos por la Contraloría Municipal de Soacha, porque de conformidad con el artículo 20, numeral 4°, y 24 de la Ley 1796 de 2016 es a quien le compete el control disciplinario de los curadores urbanos<sup>150</sup>.
- 3. El 7 de mayo de 2018 la Superintendencia de Notariado y Registro negó competencia para investigar disciplinariamente al curador urbano No. 1 de Soacha, debido a que el régimen disciplinario establecido en la Ley 1796 de 2016, respecto de los curadores urbanos, se aplica a los hechos ocurridos con posterioridad al 13 de julio de 2017 y los hallazgos de la Contraloría Municipal de Soacha son de situaciones acaecidas en fecha anterior.

Por lo anterior, ordenó: *i) "remitir por competencia"* el expediente a la Procuraduría Provincial de Fusagasugá; *ii)* "enviar a la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá la queja disciplinaria, para continuar con su trámite" y *iii)* plantear conflicto de competencia administrativa ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en caso de que las dos autoridades referidas negaren competencia<sup>151</sup>.

4. El 27 de agosto de 2018 la Procuraduría Provincial de Fusagasugá negó competencia para ejercer el control disciplinario respecto del Curador Urbano No. 1 de

<sup>149</sup> Folios 2 - 40.

<sup>150</sup> Folios 41 y 42.

<sup>151</sup> Folios 46 - 48 a doble cara.

Soacha y la remitió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al considerar que la Ley 1796 de 2016 no precisó una regla de vigencia temporal respecto de la potestad disciplinaria que asignó a la Superintendencia de Notariado y Registro, en lo que atañe a los curadores urbanos.

### II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó el edicto correspondiente en la secretaría de esta corporación por el término de cinco días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos<sup>152</sup>.

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Procuraduría General de la Nación, a la Superintendencia de Notariado y Registro, a la Curaduría Urbana No. 1 de Soacha, a la Alcaldía de Soacha y a la Contraloría de Soacha, para que presentaran sus argumentos o consideraciones, de estimarlo pertinente<sup>153</sup>.

El 8 de noviembre de 2018 la Superintendencia de Notariado y Registro allegó un memorial al expediente, mediante el que actualizó la dirección electrónica para efectos de las notificaciones que se causen<sup>154</sup>.

#### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

### La Superintendencia de Notariado y Registro<sup>155</sup>

La Superintendencia de Notariado y Registro carece de competencia para ejercer la potestad disciplinaria sobre las actuaciones denunciadas por la Contraloría Municipal de Soacha, debido a la restricción temporal establecida por el legislador en el artículo 36 de la Ley 1796 de 2016, que estableció que la entrada en vigencia de la ley fuese a partir de su promulgación, a excepción del título IV, que se refiere al régimen disciplinario y la vigilancia de los curadores urbanos, el cual empezaría a regir un año después.

Como la norma que asigna a la Superintendencia el control disciplinario sobre los curadores urbanos se encuentra en el Título IV de la Ley 1796 de 2016, las conductas ocurridas antes del 13 de julio de 2017 corresponde investigarlas a la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la regla de competencia contenida en el artículo 53 del Código Disciplinario Único, que le atribuye la potestad para investigar disciplinariamente a los particulares que ejerzan funciones públicas, como es el caso de los curadores urbanos.

## El Curador Urbano No. 1 de Soacha<sup>156</sup>

Sin argumentos, señaló que "quien debe conocer de este proceso es la Procuraduría General de la Nación".

<sup>152</sup> Folio 56.

<sup>153</sup> Folio 57.

<sup>154</sup> Folio 110.

<sup>155</sup> Folios 59 - 68.

<sup>156</sup> Folio 107.

## La Procuraduría Provincial de Fusagasugá no alegó157

#### IV. CONSIDERACIONES

## 1. Competencia de la Sala y Términos legales

### a. Competencia

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

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

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

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

*(...)*".

Como se evidencia de los antecedentes, el conflicto de competencias se plantea entre dos autoridades del orden nacional: la Superintendencia de Notariado y Registro y la Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente, se refiere a un asunto de carácter administrativo y recae sobre una actuación de carácter particular y concreto, como es la indagación disciplinaria en contra del Curador Urbano No. 1 de Soacha, por los hallazgos que descubrió la Contraloría Municipal de Soacha, a través de la Auditoría Regular Vigencia 2016/PGA 2017.

# 2. Términos legales

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

<sup>157</sup> Informe secretarial de 9 de octubre de 2018, visible a folio 108.

"Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán"

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

A partir del 30 de junio de 2015, fecha de promulgación y entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 14 de la misma Ley 1755 en armonía con el artículo 21 ibídem.

La interpretación armónica de los artículos 2 y 34<sup>158</sup> del CPACA implica que los vacíos de los regímenes especiales se suplen con las normas del procedimiento administrativo general.

De tal suerte, la remisión al artículo 14 que se encuentra contenida en el artículo 39 del CPACA es aplicable a todas las actuaciones administrativas que deben regirse por la Parte Primera de dicho código.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6 de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia constituye causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

## 3. Problema jurídico planteado a la Sala

Para dirimir el conflicto de competencias planteado, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: una vez ha entrado en vigencia el título IV de la Ley 1796 de 2016, ¿la Superintendencia de Notariado y Registro se encuentra llamada a adelantar las investigaciones disciplinarias respecto de hechos anteriores al 13 de julio de 2017, fecha en la que entró a regir dicho apartado de la ley?

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

De la respuesta a dicho interrogante depende que la indagación disciplinaria contra el Curador Urbano No. 1 de Soacha sea adelantada por la Superintendencia de Notariado y Registro o por la Procuraduría General de la Nación.

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala abordará dos temas: la definición legal de los curadores urbanos y el régimen disciplinario que les aplica y los criterios normativos sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo, para lo cual se reitera lo expuesto sobre el particular en decisiones de 24 de octubre, radicado 11001-03-06-000-2018-00118-00 y de 25 de septiembre de 2018, radicado 11001-03-06-000-2018-00158-00.

## 4. Análisis del conflicto planteado

## a. Los curadores urbanos y su régimen disciplinario - Reiteración

De conformidad con la definición contenida en el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, "por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones", el curador urbano es "un particular encargado de estudiar, tramitar o expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción".

Se trata de una definición que reproduce, de manera casi idéntica, la establecida el Decreto 2150 de 1995<sup>159</sup>, cuyo artículo 50 definía a los curadores urbanos como un "particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las licencias de urbanismo o de construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción".

La Ley 810 de 2003 precisa que el ejercicio de esta labor conlleva el ejercicio de funciones públicas. El inciso 2 del artículo 9 señala:

**"La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública** para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción". (Se destaca).

Sin embargo, previo a la promulgación de la Ley 810 de 2003, disposiciones tales como el Decreto 2150 de 1995 (artículo 50<sup>160</sup>) y la Ley 388 de 1997 (artículo 3<sup>0161</sup>) ya habían

<sup>159 &</sup>quot;Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

<sup>&</sup>quot;Artículo 50. Definición de Curador Urbano. El Curador Urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las Licencias de Urbanismo o de Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción.

La Curaduría Urbana implica el ejercicio de una función pública, para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y construcción". (Se destaca).

<sup>161 &</sup>quot;Artículo 3º. Función pública del urbanismo. El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines (...)".

señalado que el ejercicio de labor de curador urbano acarrea el cumplimiento de una función pública, en tanto que se trata de una actividad que ayuda al cumplimiento de los fines del Estado en los ámbitos del urbanismo y de la construcción.

De otra parte, el Decreto Ley 262 de 2000, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República en la Ley 573 de 2000<sup>162</sup>, dispuso, en su artículo 75, que correspondía a las procuradurías regionales conocer, en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los "curadores urbanos y demás particulares que desempeñen función pública".

La sujeción de los curadores urbanos a la ley disciplinaria fue reafirmada con la expedición de la Ley 734 de 2002, *por la cual se expide el Código Disciplinario Único*, cuyo artículo 53, recientemente modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, dispuso:

"[E]l presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales".

En lo que se refiere a la autoridad encargada de dar aplicación a la ley disciplinaria en el caso particular de los curadores urbanos, es preciso señalar que dicha cuestión fue analizada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2003<sup>163</sup>, a raíz de un conflicto negativo de competencia administrativa entre la Alcaldía de Medellín y la Procuraduría Regional de Antioquia, debido a la renuencia de ambas autoridades para tramitar una queja disciplinaria interpuesta en contra de un curador urbano.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 734 de 2002, la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que la Procuraduría General de la Nación era la llamada a conocer de la referida investigación disciplinaria. Antes de profundizar en la consideración que llevó a la Sala a dirimir de este modo la controversia, conviene señalar que el conflicto de competencias planteado entonces se basaba en la aparente contradicción de dicho precepto con el artículo 101, numeral 7°, de la Ley 388 de 1997, que señalaba que "[e]l alcalde municipal o distrital, indelegablemente, será la instancia encargada de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas urbanísticas, por parte de los curadores urbanos"<sup>164</sup>. La Procuraduría fundaba su oposición a tramitar el proceso disciplinario con base en dicha norma, pues, a su juicio, las competencias de vigilancia y control comprendían, también, la aplicación de la ley disciplinaria.

En la providencia en comento, la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que las facultades de vigilancia y control otorgadas por la Ley 388 de 1997 no implicaban la aplicación de la potestad disciplinaria. Al respecto, la Sala manifestó lo siguiente:

<sup>162 &</sup>quot;Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución".

<sup>163</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación número 11001-03-15-000-2003-0053-01(C), de 13 de mayo de 2003.

<sup>164</sup> La norma en comento fue derogada y modificada por el artículo 22 de la Ley 1796 de 2016.

"[E]l artículo 101, numeral 7, de la Ley 388 de 1997 le asigna al alcalde municipal o distrital, con carácter indelegable, la facultad de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los curadores urbanos, y si bien esa facultad puede comprender la de investigar y sancionar, ello no significa necesariamente el otorgamiento de una competencia disciplinaria sobre tales colabores del municipio". (Destacado de la Sala).

La Sala Plena arribó a esta conclusión tras advertir que las facultades de vigilancia y control se encuentran circunscritas, en este caso particular, al cumplimiento de las normas urbanísticas. En consecuencia, en atención a que el régimen disciplinario *abarca otros aspectos de la conducta oficial*, no es dable concluir que el artículo atribuía la competencia bajo análisis a las alcaldías municipales y distritales. Por fuera de la delegación hecha por el legislador quedaba la determinación de los sujetos disciplinables, la regulación de las inhabilidades, los impedimentos, las incompatibilidades y los conflictos de intereses, además del establecimiento del catálogo especial de faltas imputables a los destinatarios de la ley disciplinaria.

De conformidad con el anterior planteamiento, la Procuraduría General de la Nación fue la entidad competente para ejercer la potestad disciplinaria en el caso de los curadores urbanos mientras se mantuvo vigente dicha disposición.

Para terminar el recuento histórico y normativo del control disciplinario aplicable a los curadores urbanos, es menester hacer referencia a la Ley 1796 de 2016¹65, cuyo artículo 24¹66 dispone que "el régimen disciplinario especial para los curadores urbanos se aplicará por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación". La misma norma establece que las competencias de vigilancia y control de los curadores urbanos, temas que encuentran en la ley en cuestión profuso desarrollo, serán ejercidas por la Superintendencia Delegada para Curadores Urbanos, dependencia de la Superintendencia de Notariado y Registro cuya creación fue ordenada por la ley.

Con arreglo a lo dispuesto en este artículo, se advierte que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1796 de 2016, la competencia para el ejercicio de la potestad disciplinaria cambió de titular, por lo que, en adelante, deberá ser ejercida por la Superintendencia de Notariado y Registro.

De vuelta al caso concreto, se observa que las entidades enfrentadas en el presente conflicto de competencias no disputan sobre el alcance de dicha modificación competencial. La controversia entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Procuraduría Provincial de Fusagasugá surge de la interpretación que debe darse a

<sup>&</sup>quot;Por la cual se establecen medidas enfocadas a la protección del comprador de vivienda, el incremento de la seguridad de las edificaciones y el fortalecimiento de la Función Pública que ejercen los curadores urbanos, se asignan unas funciones a la Superintendencia de Notariado y Registro y se dictan otras disposiciones".

<sup>&</sup>quot;Artículo 24. Vigilancia y control. El régimen disciplinario especial para los curadores urbanos se aplicará por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduria General de la Nación. Para adelantar las funciones de vigilancia y control de curadores urbanos previstas en la presente ley, créase en la Superintendencia de Notariado y Registro la Superintendencia Delegada para Curadores Urbanos. Los recursos para su funcionamiento y costos adicionales serán cubiertos con el recaudo de la tarifa de vigilancia y los que se encuentren disponibles en la Superintendencia de Notariado y Registro". (Se destaca).

lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1796 de 2016, norma que establece los criterios normativos de entrada en vigencia de dicho texto legal.

Por la importancia para la solución del conflicto planteado a la Sala, se transcribe la norma en cuestión:

"Artículo 36. Vigencia. La presente ley entrará a regir a partir de su promulgación, con excepción del Título IV, el cual entrará a regir un (1) año después de su promulgación. Esta ley subroga los artículos 15, 18 y 19 de la Ley 400 de 1997 adiciona el artículo 2º de la Ley 810 de 2003 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 64 de la Ley 9º de 1989, modificado por el artículo 40 de la Ley 3º de 1991, el numeral 2 del literal k) del artículo 48 de la Ley 400 de 1997, los artículos 65 y 76 de la Ley 842 de 2003 y el inciso primero del artículo 44 de la Ley 1537 de 2012". (Negrillas de la Sala).

El artículo 24, disposición que, como se dijo, atribuyó a la Superintendencia de Notariado y Registro la potestad disciplinaria sobre los curadores urbanos, se encuentra contenido en el título IV de dicha ley.

Ahora bien, como se expuso en los antecedentes del presente conflicto, para la Superintendencia de Notariado y Registro, el hecho de que el artículo 24 haga parte del Título IV de la Ley 1796 de 2016, pondría de presente que dicha autoridad carece de competencia para dar trámite a la investigación disciplinaria, toda vez que tanto los hechos materia de investigación como la elaboración del informe realizado por la Contraloría Municipal de Soacha –por el que se tuvo noticia de los hallazgos en contra del Curador No. 1 de Soacha – son sucesos que acaecieron antes de la entrada en vigencia de dicho título, lo que fuerza a la Sala a efectuar un análisis sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo, asunto al que se dedica el siguiente capítulo de esta decisión.

## b. Criterios normativos sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo

Según ha sido establecido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, la entrada en vigencia de las leyes procesales ocurre, por regla general, de manera inmediata<sup>167</sup>. Esta conclusión surge de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, precepto que, en su versión original, disponía que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

No obstante, la misma disposición admitía que en determinados supuestos las normas procesales no debían ser aplicadas de manera inmediata. La excepción resultaba aplicable cuando los términos procesales hubiesen empezado a correr, cuando las actuaciones

<sup>167</sup> Entre otras, ver Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 21 de mayo de 2018, radicación número 76001-23-31-000-2007-00294-01; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 27 de mayo de 2009, radicación número 2002 – 00492. En esta última providencia, la Sección Tercera manifestó que «la Ley 153 de 1887 determina que las leyes procesales (de sustanciación y ritualidad de los juicios) rigen desde su vigencia y por tanto prevalecen sobre las anteriores, es decir, que son de aplicación inmediata».

y diligencias ya hubieran tenido comienzo y cuando, finalmente, el legislador hubiese dispuesto algo distinto en la materia.

Esta última cuestión -valga decir, la facultad en cabeza del legislador en virtud de la cual se encuentra autorizado para modular los efectos en el tiempo de las leyes procesales- ha sido igualmente objeto de análisis de la jurisprudencia. Al respecto. La Corte Constitucional, en diversas ocasiones<sup>168</sup>, ha destacado que dicha competencia se encuentra comprendida en el margen de configuración democrática que el texto superior otorga al Congreso de la República.

En Sentencia C-155 de 2007, la Corte Constitucional señaló que la determinación de tales efectos es de capital importancia para la realización de los objetivos perseguidos mediante la legislación, así:

"La potestad de configuración normativa del legislador en materia de procedimientos judiciales y de mecanismos alternativos de solución de conflictos, comporta la facultad de modificación, derogación y subrogación de las leyes procesales, para su adaptación a las necesidades de la sociedad en materia de acceso a la administración de justicia".

En el mismo sentido, la Sentencia C-692 de 2008, mediante la que fue analizado el alcance específico la facultad de modular los efectos y la aplicación de la ley en el tiempo, en materia disciplinaria, la Corte Constitucional indicó que el legislador puede, legítimamente, ordenar la aplicación inmediata de la norma procesal o modular su entrada en vigencia, atendiendo las circunstancias del caso concreto.

Los precisos términos de la Sentencia C-692 de 2008 fueron:

"De conformidad con tales previsiones, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar la naturaleza y características del procedimiento a través del cual deben ser investigadas y juzgadas las faltas disciplinarias de los abogados - Ley 1123 de 2007 -. **Igualmente, como consecuencia, cuenta con libertad para establecer mecanismos de aplicación de la ley procesal en el tiempo,** de forma tal que puede prever su aplicación inmediata –como se establece en términos generales en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887 - o a través de regímenes de transición, en los que puede aplazar su entrada en vigencia para determinadas relaciones jurídicas o en los que puede tener efectos sobre relaciones jurídicas en curso" (Se destaca).

De todos modos, el Consejo de Estado ha señalado que pese a la amplitud de dicha facultad, su ejercicio se encuentra sometido a límites de carácter constitucional. En reciente providencia, la Sección Quinta de esta Corporación reiteró que los derechos adquiridos y el principio de legalidad y favorabilidad en materia penal constituyen las principales restricciones que resultan oponibles al legislador en este campo<sup>169</sup>. Así, siempre que observe tales limitaciones, el Congreso de la República se encuentra autorizado para fijar las

<sup>168</sup> Entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-922 de 2001, C-736 2002, C-738 de 2006, C-340 de 2006.

<sup>169</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 21 de junio de 2018, radicación número 25000-23-24-000-2010-00112-01.

reglas de entrada en vigencia de la ley procesal de la manera que estime más eficaz para el cumplimiento de los objetivos que persigue la ley.

En ejercicio de dicha competencia, el legislador mediante el Código General del Proceso, modificó el artículo 40 de la ley 153 de 1887, en el siguiente sentido:

"Artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

En estos términos, el legislador resolvió conservar la ya secular directriz de *prevalencia* de las leyes procesales, lo que quiere decir que los cambios normativos de esta índole han de producir efectos inmediatos. Sin embargo, con el objetivo de evitar controversias sobre la aplicación de esta regla a las actuaciones procesales en curso, el inciso segundo contiene arreglos precisos que pretenden facilitar el tránsito y la aplicación de las nuevas leyes de este tipo.

Sobre el punto, el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, establece que, cuando la norma modifique la competencia de la autoridad encargada de la solución de un determinado asunto, el proceso seguirá siendo conocido por el funcionario que se encontraba habilitado para ello, de conformidad con la legislación anterior, siempre que la demanda haya sido interpuesta durante la vigencia de la ley procesal anterior. Únicamente será competente la nueva autoridad -continúa el precepto- cuando quiera que haya desaparecido la entidad que venía cumpliendo dicho encargo competencial.

Por lo anterior, la Sala concluye que, en ejercicio del margen de configuración normativa del que es titular, el legislador ha establecido una regla general en virtud de la cual las leyes procesales tienen efectos inmediatos. En consecuencia, sin desconocer el deber incondicional de respetar los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad en materia penal, las leyes procesales han de ser aplicadas de manera que las modificaciones que ellas contienen produzcan efectos instantáneos. Empero, ello no es óbice para que, en virtud de la misma competencia que aquí se refiere, el legislador

resuelva variar los criterios temporales de entrada en vigencia de las leyes, como ocurrió con algunos apartes de la Ley 1796 de 2016.

Con fundamento en los argumentos analizados hasta este punto, se procede a resolver el conflicto de competencias entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Procuraduría Provincial de Fusagasugá.

### c. Caso concreto

Según fue señalado en los antecedentes de esta providencia, la Superintendencia de Notariado y Registro, rechaza competencia para tramitar la acción disciplinaria en contra del Curador No. 1 de Soacha, con fundamento en la fecha en que ocurrieron los hechos investigados.

De acuerdo a lo establecido en la Auditoría que llevó a cabo la Contraloría de Soacha sobre la Curaduría Urbana No. 1 de Soacha, los hechos presuntamente constitutivos de falta disciplinaria acaecieron durante la *vigencia 2016*.

Por tratarse de una fecha anterior al 13 de julio de 2017, día en que cobró vigencia el título IV de la Ley 1796, la Superintendencia considera que carece de competencia para adelantar la aludida investigación.

Para la Sala, el argumento expuesto por la Superintendencia de Notariado y Registro es infundado, debido a que las normas procesales, como lo es el artículo 24 de la Ley 1796 de 2016, tiene efectos inmediatos, en tanto que establece la autoridad competente para dar aplicación a la ley disciplinaria en el caso de los curadores urbanos.

A lo anterior, se agrega el hecho de que la Procuraduría Provincial de Fusagasugá tuvo conocimiento del informe de auditoría elaborado por la Contraloría Municipal de Soacha el 22 de septiembre de 2017<sup>170</sup>, fecha en la que el artículo 24 de la Ley 1796 de 2016 ya se encontraba en vigente. De suerte que no existe razón alguna que justifique la renuencia de la Superintendencia para tramitar a la causa disciplinaria.

La Superintendencia de Notariado y Registro señaló que la Ley 1796 no solo dispuso el aludido cambio competencial, sino que también habría introducido modificaciones de carácter sustancial al régimen disciplinario de los curadores urbanos. A su juicio, la naturaleza de dichos cambios impediría su aplicación retroactiva a los destinatarios de la ley disciplinaria, que es, precisamente, el resultado que se produciría en el evento en que la Superintendencia conociera las investigaciones sobre hechos anteriores al 13 de julio de 2017.

En síntesis, según la Superintendencia de Notariado y Registro, de ser tramitados por ella actuaciones disciplinarias como la que nos ocupa, se vulneraría el principio de legalidad que ampara a los sujetos disciplinados en estas materias.

<sup>170</sup> Así lo establece el sello de recibido de la entidad, visible a folio 2.

La Sala encuentra que esta interpretación carece de fundamento normativo pues, en contra de lo señalado por la Superintendencia, el artículo 24 no le encomienda a dicha entidad el encargo exclusivo de dar aplicación a la Ley 1796 de 2016. Por el contrario, la norma en comento dispone que **el régimen disciplinario especial para los curadores urbanos** se aplicará por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación, el que, como se ha establecido, no es de carácter obligatorio171.

Quiere decir lo anterior, que a partir de la entrada en vigencia del artículo 24 de la Ley 1796 de 2016, la autoridad competente para aplicar *la ley disciplinaria* a los curadores urbanos es la Superintendencia de Notariado y Registro, lo que, recalca la Sala, no la exime de aplicar los principios del derecho administrativo sancionatorio y constitucional -entre otras disposiciones el artículo 29 del texto superior- en materia del debido proceso de este tipo de actuaciones administrativas, debido a que se trata de garantías constitucionales que no pueden ser ignoradas.

De todas formas, conviene precisar dos aspectos:

1. El proceso disciplinario contra el curador urbano No. 1 de Soacha no ha tenido comienzo procesal en ninguna de las dos entidades entre las que ha surgido esta controversia, supuesto que resulta de importancia, por cuanto descarta la eventual aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

En este sentido, la fecha decisiva para la solución del presente conflicto de competencias es el momento en que la autoridad disciplinaria presuntamente competente tuvo conocimiento de los hechos investigados, esto es, el 22 de septiembre de 2017, porque fue cuando la Procuraduría Provincial de Fusagasugá conoció de la auditoría llevada a cabo por la Contraloría Municipal de Soacha.

Pues bien, a esa fecha se encontraba vigente el artículo 24 de la Ley 1796 de 2016, disposición, que por ser de orden público, tiene aplicación general e inmediata. En consecuencia, la Superintendencia de Notariado y Registro se encontraba llamada a conocer esta investigación disciplinaria, tan pronto recibió el expediente remitido por la Procuraduría Provincial.

2. Si a la fecha en la que se puso en conocimiento la auditoría de la Contraloría General de la República, el control disciplinario de los curadores urbanos se encontraba asignado, por encargo, a la Superintendencia Delegada para la Protección, Restitución y Formalización de Tierras, por no haberse creado la Superintendencia Delegada para Curadores Urbanos, será la máxima autoridad de dicha entidad o quien de conformidad con las normas internas corresponda, quien defina la competencia a nivel interno, para lo que

<sup>171</sup> La Sala, respecto del poder preferente que ostenta la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria, en decisión de 9 de diciembre de 2016, dispuso: "En ese orden de ideas, el carácter preferente del poder atribuido a la Procuraduría General de la Nación, aun cuando desplaza al funcionario que haya iniciado o se encuentre adelantando una investigación disciplinaria, no es obligatorio ni exclusivo, pues al incluir el legis lador en la redacción de la norma la conjugación de la tercera persona del singular del verbo "poder", esto es: "podrá", se advierte que se trata de una cuestión facultativa, que bien puede ejercerse o no. De allí que se haya impuesto la carga de motivar la decisión mediante la que se avoque el conocimiento de los asuntos que se tramitan internamente en las entidades u órganos del Estado". Radicado. 11001-03-06-000-2016-00161-00.

deberá atender los postulados de la Ley 1796 de 2016 y, en su defecto, los de las demás leyes que regulan la materia.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR COMPETENTE** a la Superintendencia de Notariado y Registro para conocer de la investigación disciplinaria contra los curadores urbanos 1 y 2 del municipio de Soacha, como consecuencia de los hechos denunciados por la Contraloría Municipal de Soacha.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente de la referencia a la Superintendencia de Notariado y Registro para que avoque conocimiento inmediato de la causa y ADVERTIR a este mismo despacho para que se abstenga de plantear futuros conflictos de competencia en esta misma causa fundados en el tránsito de legislación producido por la aprobación de la Ley 1796 de 2016.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión a la Procuraduría Provincial de Fusagasugá, a la Contraloría Municipal de Soacha, al Curaduría Urbana No. 1 de Soacha y a la Alcaldía de Soacha.

**CUARTO. ADVERTIR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, como lo dispone expresamente el inciso 3° del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

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

# 12. Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Cauca.

Asunto: Proceso de responsabilidad fiscal No. 51 de 2017. Competencias en materia de control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías

#### Radicado 2018-00215

Fecha: 11/12/2018

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en los artículos 39 y 112, numeral 10°, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, procede a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca, y la Contraloría General del Departamento del Cauca.

#### I. ANTECEDENTES

- a. El 30 de abril de 2013, la alcaldía municipal de Miranda, Cauca, y una pluralidad de personas naturales beneficiarias de subsidios de vivienda otorgados por esa entidad, celebraron el "convenio asociativo" No. 182-2013, con el ingeniero Manuel Enrique Hernández Valbuena, cuyo objeto era ejecutar un proyecto de mejoramiento de vivienda en las zonas urbanas y rurales de ese municipio, por un valor total de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000) y un tiempo de ejecución inicial de 3 meses (folios 56 a 61 y 85 -CD- del expediente del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-51-17).
- b. El 1º de noviembre de 2017, la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Cauca dictó el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal radicado con el N° 51-17, en el que figuran como investigados el alcalde de Miranda, Cauca, para la época de los hechos, el interventor y el contratista del referido convenio (folios 252 a 253 -CD- del expediente citado).
- c. El mencionado proceso de responsabilidad fiscal se originó con ocasión del "hallazgo fiscal No. 23" de 2017, detectado en la auditoría gubernamental realizada por la Contraloría General del Cauca a las dependencias administrativas de la alcaldía de Miranda, por presuntas irregularidades en la ejecución del "convenio asociativo" No. 182-2013 (folio 252 -CD- del mismo expediente).
- d. La Contraloría General del Cauca, en dicho hallazgo, encontró un presunto daño o detrimento patrimonial cuantificado en seis millones ciento veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos (\$6.127.458,75), relacionado con la ejecución del citado convenio, cuyo valor fue pagado con recursos provenientes de las regalías asignadas específicamente al municipio de Miranda (folios 252 a 253 -CD- ídem).

- e. El 29 de mayo de 2018, la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Cauca profirió el auto No. 3, por medio del cual declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF-51-17, con fundamento en la causal de "falta de competencia del funcionario para conocer y fallar", prevista en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, por considerar que la entidad competente para adelantarlo era la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta el origen nacional de los recursos, por lo que remitió las diligencias a la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de dicho órgano de control (folios 60 a 64, cuaderno principal).
- f. El 9 de octubre de 2018, mediante escrito allegado a la Secretaría de la Sala, la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Cauca, solicitó dirimir el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre ese órgano y la Contraloría General del Cauca (folios 1 a 11, cuaderno principal).

# II. TRÁMITE PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de la Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos (folio 15).

Consta también que se informó sobre el presente conflicto a la Contraloría General de la República, a la Contraloría General del Cauca, al municipio de Miranda, a los investigados, señores Walter Zúñiga Barona, Manuel Enrique Hernández Valbuena y Jorge Eliécer Cruz Fuentes, y a las compañías de seguros La Previsora S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia (folios 16 a 19).

Obra constancia de la Secretaría en el sentido de que, durante la fijación del edicto, sólo se recibió el alegato de la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca (folios 20 y 30).

Sin embargo, con posterioridad a la desfijación del edicto, la Contraloría General del Cauca allegó sus consideraciones (folios 31 a 70).

### III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

# a. Contraloría General de la República<sup>172</sup>

El apoderado de esta entidad realiza un recuento de los hechos que dieron origen al presente conflicto y manifiesta que, en su criterio, de conformidad con los principios de colaboración armónica y concurrencia en el ejercicio de las funciones de control y vigilancia fiscal de los recursos nacionales que forman parte del "Sistema General de Participaciones", la entidad competente para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 51-17 es la Contraloría General del Cauca.

Señala que, de acuerdo con el artículo 267 de la Constitución Política, la competencia de la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal recae sobre las entidades del orden nacional y los particulares que manejen, recauden o administren fondos o bienes de la Nación, y que tratándose de recursos públicos del ámbito territorial, la competencia está fijada en las contralorías departamentales, distritales o municipales.

Asimismo, cita el artículo 272 de la Constitución Política, que establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios corresponde a las contralorías territoriales, aunque, excepcionalmente, la Contraloría General de la República puede ejercer control posterior sobre las cuentas y bienes de cualquier entidad territorial.

Además, considera que, según lo previsto en la Ley 715 de 2001, el control fiscal de los recursos nacionales es de competencia y responsabilidad de la Contraloría General de la República, pero dicha competencia es prevalente y no excluyente, porque debe cumplirse en coordinación con los demás entes de control del orden territorial, a los que también les corresponde la vigilancia fiscal de esos recursos, bajo los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad.

En este sentido, concluye que si la Contraloría General estima que no es necesario hacer uso del control o competencia prevalente, como ocurre en el presente caso, la respectiva contraloría territorial debe continuar con las acciones de vigilancia y control que haya iniciado, teniendo en cuenta, adicionalmente, el principio de integralidad en la gestión fiscal.

# b. Contraloría General del Cauca<sup>173</sup>

Por intermedio de apoderado, la Contraloría General del Cauca solicita que se declare que la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Cauca, es la autoridad competente para conocer, tramitar y llevar hasta su culminación el proceso de responsabilidad fiscal a que se contrae el presente conflicto, y que, de considerarse procedente, se señalen los criterios que deben tenerse en cuenta para lograr la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre esos dos órganos de control fiscal.

Hace un recuento de las normas que definen la competencia de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, distritales y municipales, y señala que tales competencias provienen de los artículos 268, 267 y 272 de la Constitución Política, 4º del Decreto Ley 267 de 2000, 152 de la Ley 1530 de 2012 y la Resolución Orgánica 5678 de 2005, expedida por la Contraloría General de la República. Con fundamento en las normas citadas, concluye que la Contraloría General de la República es la competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos de carácter nacional.

Señala que la competencia de la autoridad que debe ejercer la vigilancia de la gestión fiscal y tramitar los procesos de responsabilidad fiscal respectivos se determina por el origen de los recursos y que, en el caso concreto, como se trata de recursos de la Nación,

<sup>173</sup> Folios 31 a 70 del cuaderno principal.

le corresponde a la Contraloría General de la República. Agrega que las contralorías departamentales, distritales y municipales ejercen las mismas funciones atribuidas al Contralor General, pero en el ámbito de su jurisdicción.

En resumen, estima que: (i) los recursos con cargo a los cuales se celebró y ejecutó el "convenio asociativo" No. 182-2013 son del orden nacional, por cuanto corresponden al Sistema General de Regalías (SGR), motivo por el cual (ii) la competencia para continuar con dicho proceso recae en la Contraloría General de la República (folios 50 a 57).

### IV. CONSIDERACIONES

# 1. Competencia

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

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

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

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

(...)".

Con base en las normas transcritas, la competencia de la Sala para decidir de fondo los conflictos negativos o positivos de competencias se configura cuando: (i) dos o más organismos o entidades nacionales, o nacionales y territoriales, o territoriales que no estén comprendidos en la jurisdicción de un solo tribunal administrativo, (ii) niegan o reclaman competencia, (iii) para conocer de un determinado asunto, (iv) de naturaleza administrativa.

Según los antecedentes del presente asunto, se configura un conflicto negativo de competencias entre la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca, autoridad pública del orden nacional, y la Contraloría General del Cauca, autoridad pública del orden territorial (departamental), en la medida en que

ambas entidades manifiestan no ser competentes para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal Nº 51-17.

# 2. Términos legales

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

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, "mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán"<sup>174</sup>. El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que "[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente". Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que "[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida".

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

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

<sup>174</sup> La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reemplazó el texto del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente: "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. //2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto".

# 3. Problema jurídico

Dentro del presente asunto se discute cuál es la autoridad (Contraloría General de la República o Contraloría General del Cauca) a la que compete continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal N° 51-17, originado en presuntas irregularidades cometidas en la ejecución del "convenio asociativo" No. 182-2013, suscrito entre el alcalde del municipio de Miranda, Cauca, el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena y una pluralidad de personas beneficiarias de subsidios de vivienda otorgados por ese municipio, y cuya fuente de financiación fueron los recursos del Sistema General de Regalías.

El problema jurídico radica, entonces, en determinar la entidad de control a la que corresponde adelantar un proceso de responsabilidad fiscal derivado de un convenio celebrado por un municipio con varios particulares, y ejecutado con recursos del Sistema General de Regalías.

Así las cosas, para solucionar el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes temas: i) el proceso de responsabilidad fiscal: definición, finalidad y características; ii) competencia en materia de control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías (reiteración), y (iii) la solución del caso concreto.

# 4. Aclaración previa

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

Las posibles alusiones que se haga a los aspectos fácticos y jurídicos propios del caso concreto, serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar las situaciones de hecho y de derecho sobre las cuales ha de adoptar la decisión de fondo que considere procedente.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que forman parte del expediente.

# 5. Análisis del conflicto planteado

# 5.1. El proceso de responsabilidad fiscal: definición, finalidad y características

El artículo 1° de la Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares, cuando, en

el ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de esta, causen un daño al patrimonio del Estado, por acción u omisión, en forma dolosa o culposa.

Asimismo, el artículo 4º *ibidem* señala que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Dicho proceso tiene varios propósitos, entre otros: (i) proteger el patrimonio público; (ii) garantizar la transparencia y el acatamiento a los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y recursos públicos, y (iii) verificar la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado.

Los procesos de responsabilidad fiscal, tanto en el procedimiento ordinario como en el verbal, en virtud de su naturaleza, tienen varias características relevantes, de las cuales merece la pena señalar: (i) son netamente administrativos; (ii) son esencialmente indemnizatorios o resarcitorios, y no sancionatorios, pues buscan obtener el pago de una indemnización pecuniaria por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal; (iii) están regulados en la Ley 610 de 2000 y las leyes que la modifican o complementan, como la Ley 1474 de 2011, y (iv) deben observar, en su desarrollo, las garantías sustanciales y procesales propias de la actuación administrativa.

Por otro lado, es menester recordar que cualquier tipo de actuación judicial o administrativa en el Estado de Derecho debe estar guiada por el acatamiento al principio del debido proceso. Lo anterior implica que en el proceso de responsabilidad fiscal se deben respetar las garantías sustanciales y procesales básicas que integran ese derecho: legalidad, juez natural (autoridad administrativa competente), presunción de inocencia, derecho de defensa (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o por medio de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a interponer recursos contra la decisión condenatoria o sancionatoria, salvo las excepciones legales, etc.), y a no ser investigado dos veces por el mismo hecho, entre otras.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-620 de 1996<sup>175</sup>, se pronunció en los siguientes términos:

"En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las

<sup>175</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, expediente T-84714.

actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

Por lo tanto, en todo proceso de responsabilidad fiscal es necesario establecer con claridad cuál es el "juez natural" para investigar y determinar, eventualmente, la responsabilidad de los involucrados; es decir, establecer con claridad la autoridad a la que la Constitución Política y la ley han otorgado esa competencia.

# 5.2. Competencias en materia de control fiscal sobre las regalías. Reiteración<sup>176</sup>

Vale la pena recordar, en primer lugar, lo que dispone, en la actualidad, el artículo 360 de la Carta Política sobre la naturaleza de las regalías:

"Artículo 360. (Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 5 de 2011). La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías".

Sobre el uso y la distribución de las regalías, el artículo 361 *ibidem* dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

"Artículo 361. (Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 5 de 2011). Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales...

<sup>176</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No. 11001-03-06-000-2013-00205-00 del 13 de junio de dos mil trece (2013).

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos. (...)".

La distribución y el uso de las regalías han sido regulados por el Congreso de la República en distintas leyes<sup>177</sup>, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en varias de las cuales se han incluido normas sobre el control fiscal.

En primer lugar, es necesario citar lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley 141 de 1994<sup>178</sup>:

"Artículo 64. Control fiscal. En casos excepcionales y a petición de la autoridad competente o de la comunidad, la Contraloría General de la República podrá ejercer el control fiscal de los proyectos que se financien con recursos provenientes de regalías, ya sean estas propias o del Fondo Nacional de Regalías".

Posteriormente, los artículos 13 y 14 de la Ley 756 de 2002<sup>179</sup> modificaron los artículos 14 y 15, respectivamente, de la Ley 141, en lo que atañe a la utilización de las regalías por parte de los departamentos y los municipios. En ambas disposiciones<sup>180</sup> se menciona expresamente que, "para todos los efectos", la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre dichos recursos.

Es importante destacar que la Ley 756 de 2002 no modificó ni derogó expresamente el artículo 64 de la Ley 141 de 1994, aunque este podría entenderse derogado tácitamente por el artículo 5°, numeral 6°, del Decreto Ley 267 de 2000¹8¹, tal como fue interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 2002¹8², al señalar que el control fiscal de la Contraloría General de la República sobre los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales no corresponde a la competencia excepcional prevista en el artículo 267, inciso 3°, de la Constitución Política, sino a la competencia ordinaria que el mismo artículo otorga a la Contraloría y que esta puede ejercer de forma concurrente con las contralorías locales, y prevalente en relación con ellas.

Lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley 756 de 2002, sobre la competencia de la Contraloría General de la República en este campo, fue ratificado luego por los artículos

<sup>177</sup> Empezando por la Ley 141 de 1994, la cual ha sido modificada y complementada por las Leyes 209 de 1995, 756 de 2002, 859 de 2003, 1283 de 2009 y 1530 de 2012, entre otras.

<sup>178 &</sup>quot;Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones".

<sup>179 &</sup>quot;Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones".

<sup>180</sup> Parágrafo 3º del artículo 14 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 756 de 2002, y parágrafo del artículo 15 de la Ley 141, modificado por el artículo 14 de la Ley 756.

<sup>181 &</sup>quot;Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones". El artículo 5 de este decreto estatuye: "Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República (...) 6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales".

<sup>182</sup> Corte Constitucional, sentencia C-127 del 26 de febrero de 2002., exp. D-3660.

1 y 2 de la Ley 1283 de 2009<sup>183</sup>, mediante los cuales se modificaron de nuevo los artículos 15 y 14, respectivamente, de la Ley 141 de 1994.

Finalmente, el artículo 152 de la Ley 1530 de 2012, "[p]or la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías", establece:

"Artículo 152. Vigilancia y control fiscales. En desarrollo de sus "funciones constitucionales, la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscales sobre los recursos del Sistema General de Regalías...

"Parágrafo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que... expida normas con fuerza de ley para crear los empleos en la Contraloría General de la República que sean necesarios para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías. (...)".

Por lo anterior, no se discute en esta decisión que la Contraloría General de la República es competente para ejercer la vigilancia y el control fiscal sobre los recursos transferidos a las entidades territoriales a título de regalías, incluso después de que tales sumas de dinero hayan sido recibidas efectivamente y apropiadas por esas entidades en sus respectivos presupuestos, ya que las normas constitucionales y legales antes citadas, son claras y expresas en cuanto a la competencia otorgada a dicho órgano de control en esta materia.

Lo que se discute aquí es si dicha competencia es *privativa o exclusiva* de la Contraloría General de la República y, por lo tanto, excluyente, o si, por el contrario, es *compartida o concurrente* con la de las contralorías territoriales, aunque la función de la Contraloría General tenga una potestad prevalente frente a dichos órganos.

Para responder esta inquietud, empieza la Sala por llamar la atención sobre el hecho de que ninguna disposición vigente (constitucional, legal o de otro orden) señala expresamente que la competencia de la Contraloría General de la República en este campo sea exclusiva y/o excluyente.

No obstante, los artículos 13 y 14 de la Ley 756 de 2002, inicialmente, y luego, los artículos 1° y 2° de la Ley 1283 de 2009, al modificar los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, utilizan la expresión "para todos los efectos", al referirse a la competencia asignada a la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal sobre las regalías distribuidas a los departamentos y municipios, de donde se podría inferir, quizás, una exclusividad en el cumplimiento de dicha función para la Contraloría General de la República.

Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación no resulta adecuada, desde el punto de vista científico, pues, como es bien sabido, la hermenéutica de la ley debe hacerse de forma sistemática y armónica con las demás disposiciones legales y reglamentarias

<sup>183 &</sup>quot;Por la cual se modifican y adicionan el artículo 14 de la Ley 756 de 2002, que a su vez modifica el literal a) del artículo 15 y los artículos 30 y 45 de la Ley 141 de 1994".

que integran el ordenamiento jurídico y, especialmente, con las normas constitucionales que sean aplicables.

En esa medida, observa la Sala que ninguna de las normas constitucionales y legales mencionadas en el numeral 1º de este acápite, referentes a la competencia de las contralorías territoriales, ha perdido su vigencia, ni su aplicación ha sido exceptuada con respecto a las regalías, por otras disposiciones del mismo rango y fuerza vinculante. Por el contrario, tales preceptos, y las conclusiones extraídas de los mismos por la jurisprudencia y la doctrina, son igualmente aplicables al control fiscal de las regalías, en la medida en que estas son recursos que pertenecen al Estado (en su totalidad) y que son transferidos a las entidades territoriales, constituyendo para los departamentos, distritos y municipios ingresos de fuente externa o "exógena", como son también, entre otros, los que reciben de la Nación dentro del Sistema General de Participaciones.

Así lo entendió la misma Contraloría General de la República, al expedir la Circular No. 015 del 23 de noviembre de 2010<sup>184</sup>, dirigida a los gerentes departamentales de dicho organismo y a los contralores departamentales y municipales, en la que indicó, entre otros aspectos, lo siguiente:

"Conforme lo señala la Constitución Política en los artículos 267 y 272, la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, mientras que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

El legislador a través de la Ley 756 de 2002 y el parágrafo 3º [sic] de la Ley 1283 de 2009, señala una competencia prevalente de la Contraloría General de la República, para ejercer el control fiscal de los recursos derivados de las regalías.

Esta competencia prevalente la ha expresado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en el sentido que deberá ejercerse conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, lo que implica que si bien se ha radicado por Ley la competencia prevalente de la Contraloría General de la República, ello no es óbice para que las actuaciones que sean adelantadas por las Contralorías Territoriales, puedan ser tenidas en cuenta por la primera, para asegurar la mayor eficiencia en el ejercicio del control, que según la ley de suyo le compete ejercer".

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-541 de 2011<sup>185</sup>, señala sobre el punto lo siguiente:

"(...) En lo que respecta específicamente a la propiedad de las regalías, la Corte ha interpretado la pertenencia al Estado de que habla el artículo 360 superior, en el sentido de que <u>si bien ello no equivale a afirmar que su propiedad corresponde a la Nación, la generalidad del término indudablemente sí incluiría el nivel central o nacional.</u>

<sup>184</sup> Es decir, después de expedidas las Leyes 756 de 2002 y 1283 de 2009.

<sup>185</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 541 del 6 de julio de 2011, expediente D-8355.

Esta conclusión se confirma también al observar que esa misma norma constitucional asigna a las entidades territoriales el derecho a "participar en las regalías y compensaciones", precisión que no sería necesaria si tales recursos verdaderamente fueran propiedad de aquéllas. De allí que la jurisprudencia haya repetidamente calificado las regalías como recursos exógenos de las entidades territoriales.

Por consiguiente, si bien esta precisión lleva a <u>no excluir en forma absoluta</u> la posibilidad de que las contralorías territoriales puedan eventualmente ejercer control fiscal sobre los recursos de las regalías asignados a los respectivos departamentos, distritos y municipios, <u>en desarrollo del derecho a ellas reconocido por el artículo 272 de la Constitución Política</u>, sí implica que la Ley puede libremente, sin infringir el texto superior, asignar a la Contraloría General de la República la responsabilidad <u>genérica y principal</u> de ejercer ese control (...)" (Se destaca).

En consecuencia, la Contraloría General de la República tiene una competencia prevalente para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal cuando se encuentren involucrados recursos de origen nacional, incluyendo aquellos que forman parte del Sistema General de Regalías. Pero eso no significa que el uso de tales recursos, una vez que los mismos han sido transferidos a las entidades territoriales e incorporados en su patrimonio, no pueda ser también objeto de control y vigilancia fiscal por parte de las contralorías territoriales, a menos que la Contraloría General de la República, con base en su competencia constitucional prevalente, decida asumir el conocimiento de tales asuntos.

En el mismo sentido, en tratándose específicamente de recursos del Sistema General del Regalías, se pronunció la Sala en una ocasión anterior, en el conflicto de competencias No. 11001-03-06-000-2013-00205-00.

# 5.3. Conclusiones

A la luz de la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal explicada, la Sala extrae las siguientes conclusiones sobre el régimen jurídico de las competencias de la Contraloría General de la República y las contralorías locales, especialmente en lo relacionado con el control fiscal de los recursos del orden nacional transferidos a las entidades territoriales, que incluyen, como ya se explicó, a las regalías:

- a. A la Contraloría General de la República le compete, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución, ejercer el control sobre la gestión fiscal de las entidades y órganos públicos del orden nacional, inclusive aquellos de carácter autónomo (en la medida en que realicen gestión fiscal), así como sobre los particulares y las demás entidades públicas que administren o manejen bienes o fondos de la Nación.
- El control sobre la gestión fiscal que realicen las entidades territoriales y sus descentralizadas compete a las respectivas contralorías locales, con la precisión de que el control fiscal en los municipios corresponde, en principio, a las contralorías

departamentales, salvo lo que disponga la ley sobre las contralorías municipales (artículo 272, inciso 2°, de la C.P.).

- c. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República puede ejercer, en forma excepcional, el control fiscal sobre los bienes y recursos propios de cualquier entidad territorial (artículo 267, inciso 3°, de la Carta).
- d. Respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente, lo que implica, a juicio de la Sala, que una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; y, por el contrario, que si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial. Este tipo de control prevalente es diferente del control excepcional mencionado en el punto anterior.
- e. Cuando las competencias de control fiscal de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son concurrentes, han dispuesto la Constitución y la ley que la primera pueda ejercer el control prevalente. Dada la naturaleza potestativa de esta función, no puede ser obligada a ejercerla, y mal podrían las contralorías territoriales exigirle que lo haga.

#### 5.4. El caso concreto

El presente conflicto se suscita entre la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca, y la Contraloría General del Cauca, autoridades que niegan la competencia para continuar con el trámite del proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17.

La apertura del citado proceso fue ordenada por el ente de control territorial, con fundamento en las posibles irregularidades presentadas en la ejecución del convenio No. 182 del 30 de abril de 2013, suscrito entre el municipio de Miranda (Cauca), varios ciudadanos de ese municipio, beneficiarios de subsidios de vivienda, y el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena. Las presuntas irregularidades están relacionadas con un daño patrimonial estimado en la suma de seis millones ciento veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con setenta y cinco centavos (\$6.127.458,75), con recursos que emanan de las regalías específicas del mismo municipio.

No obstante, al verificar que los recursos que se comprometieron para la financiación del "convenio asociativo" No. 182 de 2013 correspondían al Sistema General de Regalías, la Contraloría General del Cauca determinó que la competencia para seguir adelante con el proceso no era suya, sino de la Contraloría General de la República. Por este motivo, la contraloría territorial declaró la nulidad de todo lo actuado en el

proceso de responsabilidad fiscal, desde el auto de apertura, y remitió el expediente a la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca.

A su turno, la Contraloría General de la República manifestó que, aun cuando tiene la competencia prevalente para ejercer el control fiscal sobre esos recursos, esta no resulta excluyente ni privativa, porque las contralorías departamentales, distritales y municipales también cuentan con la facultad de vigilar y controlar los recursos del Sistema General Regalías transferidos a las respectivas entidades, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, conforme a lo previsto en la Ley 715 de 2001 y el Decreto Ley 267 de 2000. De manera que, hasta tanto la Contraloría General de la República no ejerza la competencia prevalente, corresponde a la respectiva contraloría territorial continuar efectuando la vigilancia y control fiscal sobre el uso de dichos recursos por parte del municipio de Miranda, a pesar de que dicha contraloría haber solicitado la intervención del órgano de control del orden nacional.

Ahora bien, de los documentos que obran en el expediente, la Sala observa:

- a. El día 30 de abril de 2013, se firmó el "convenio asociativo" No. 182-13, entre el alcalde municipal de Miranda (Cauca), varias personas naturales, beneficiarias de subsidios de vivienda, y el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena, con el objeto de ejecutar un proyecto de mejoramiento de vivienda en las zonas urbanas y rurales del mismo municipio.
- b. Con respecto al origen de los recursos, en la cláusula sexta del contrato citado, se estableció que "los recursos y fuentes de financiación emanan de los dineros provenientes de las regalías especificas del Municipio de Miranda vigencia 2012 debidamente aprobadas de conformidad a las normas e incluidos en el presupuesto del municipio (...)".
- c. De acuerdo con la cláusula sexta (recursos del proyecto), la cuantía total del proyecto "mejoramiento de vivienda disperso urbano y rural, Miranda Cauca" correspondía a la suma de mil cincuenta millones de pesos (\$1.050.000.000), los cuales incluían los recursos públicos necesarios para ejecutar el convenio No. 182-2013, por la suma de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000) (folio 59 CD- del expediente del proceso de responsabilidad fiscal PRF-51-17).

Por consiguiente, en el caso concreto, se evidencia que los recursos que fueron utilizados para llevar a cabo el "convenio asociativo" No. 182 de 2013, objeto del proceso de responsabilidad fiscal No. 51 de 2017, hacen parte del Sistema General de Regalías. Tales recursos, como se explicó, son de origen nacional, pertenecen a todo el Estado colombiano y son transferidos a las entidades territoriales en la proporción y para los fines señalados en la ley.

Precisado lo anterior, se insiste en que, por mandato del artículo 272 de la Carta Política, "la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas (...)", sin perjuicio de la competencia prevalente

de la Contraloría General de la Nación, cuando se trate de recursos de origen o fuente nacional, conforme lo explicado.

Asimismo, como ya se indicó, el artículo 152 de la Ley 1530 de 2012, en relación con el control fiscal de los recursos del Sistema General de Regalías, establece la competencia de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la competencia que también recae en esta materia sobre las contralorías territoriales, de acuerdo con el artículo 272 de la Constitución.

En tal virtud, respecto de los recursos de carácter nacional transferidos a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia <u>concurrente</u>, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal, sin que las dos puedan practicarlo simultáneamente.

De lo anterior se concluye que la facultad de iniciar y llevar a cabo los procesos de responsabilidad fiscal de los recursos del orden nacional que se transfieren a las entidades territoriales, no es privativa, exclusiva ni excluyente de la Contraloría General de la República, pues las normas constitucionales y legales han previsto una competencia concurrente con las contralorías territoriales, para lo cual se hace especial hincapié en la aplicación de los principios de coordinación y subsidiariedad que deben orientar el ejercicio del control fiscal, a fin de lograr una vigilancia armónica de los recursos públicos.

Así las cosas, se reitera que, tratándose de recursos de fuente nacional administrados por las entidades territoriales, la vigilancia y el control bien pueden ser ejercidos tanto por las contralorías territoriales como por la Contraloría General de la República, a menos que esta última decida ejercer su competencia prevalente, lo que no ha sucedido en el presente asunto.

En consecuencia, con base en el ordenamiento jurídico, en la jurisprudencia y en los pronunciamientos anteriores sobre este tema proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil, la Sala concluye que, como la Contraloría General de la República no ha ejercido su competencia prevalente en el caso concreto, la competencia para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17, relativo al "convenio asociativo" No. 182 del 30 de abril de 2013, suscrito entre el municipio de Miranda (Cauca), el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena y varios ciudadanos beneficiarios de subsidios de vivienda, es de la Contraloría General del Cauca.

Es importante señalar que, mediante el auto del 29 de mayo de 2018, la Contraloría General del Cauca declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17, desde el auto de apertura No. 43 del 1º de noviembre de 2017, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000<sup>186</sup>, el cual prevé, como una de las causales de nulidad, *"la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar"*, en el entendido de que la competencia para tramitar dicho proceso correspondía a la Contraloría General de la República.

 $<sup>186 \</sup>quad \text{Ley } 610 \text{ de } 200, \text{ "[p]} or \text{ la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"}.$ 

Sin embargo, la Sala observa que si bien es cierto que el artículo citado establece, como una de las causales de nulidad, la falta de competencia, en este caso la declaratoria de nulidad efectuada por la Contraloría General del Cauca resultó equivocada y, además, prematura.

Lo primero porque, como se ha demostrado en esta decisión, dicho órgano de control fiscal sí tenía y tiene la competencia para iniciar, tramitar y fallar el proceso de responsabilidad fiscal, siempre que la Contraloría General de la República no haya decidido expresamente avocar el conocimiento de la investigación o no haya actuado efectivamente en la misma, lo que no ha ocurrido en este caso.

Y dicha decisión de la Contraloría General del Cauca resultó también prematura, porque fue adoptada, precisamente, antes de que la Contraloría General de la República haya manifestado su intención de hacer uso del poder prevalente y de tomar el conocimiento del asunto y también, desde luego, antes de que se hubiera propuesto el conflicto de competencias administrativas, que la Sala resuelve mediante esta decisión.

En efecto, al resolver la Sala que la competente para continuar la actuación es la Contraloría General del Cauca, como se hace en esta decisión, la declaratoria de nulidad del proceso efectuada anticipadamente por la Contraloría General del Cauca implicaría, si no se corrige dicha determinación, que se pierda un tiempo considerable en el trámite de tal actuación, en contra del principio de eficacia, que establece el artículo 3, numeral 11, del CPACA, el cual es aplicable en el proceso de responsabilidad fiscal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 209 de la Constitución Política y 2º de la Ley 610 de 2000.

Finalmente, para la Sala no deja de resultar paradójico que, en casos como este, se presenten conflictos *negativos* de competencia, cuando en realidad las dos entidades involucradas *son competentes* para llevar a cabo el respectivo procedimiento administrativo, por lo cual, los conflictos que pudieron llegar a presentarse deberían ser positivos y no negativos.

Por todo lo anterior, la Sala ordenará que se remita el expediente a la Contraloría General del Cauca, para que continúe con el proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17, sin perjuicio de que la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Cauca, en ejercicio de su competencia prevalente, pueda intervenir y asumir el manejo del proceso en cualquier momento, si lo considera necesario o conveniente, por tratarse de recursos provenientes del Sistema General de Regalías.

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

## **RESUELVE:**

**PRIMERO. DECLARAR COMPETENTE** a la Contraloría General del Cauca para continuar el proceso de responsabilidad fiscal No. 51-17, relativo al "convenio asociativo" No. 182 del 30 de abril de 2013, suscrito entre el municipio de Miranda (Cauca), una pluralidad de

personas naturales beneficiarias de subsidios de vivienda y el contratista Manuel Enrique Hernández Valbuena.

**SEGUNDO. REMITIR** el expediente a la Contraloría General del Cauca, para que continúe la actuación administrativa correspondiente de manera inmediata.

**TERCERO. COMUNICAR** la presente decisión a la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Cauca, y a su apoderado; a la Contraloría General del Cauca y a su apoderada; a la alcaldía de Miranda (Cauca); a los señores Walter Zúñiga Barona, Manuel Enrique Hernández Valbuena y Jorge Eliécer Cruz Fuentes, y a las compañías de seguros La Previsora S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia.

**CUARTO. RECONOCER** personería al abogado Élver Parra Figueroa, como apoderado de la Contraloría General de la República, en los términos y para los fines del poder que obra a folio 27 del expediente.

**QUINTO. RECONOCER** personería a la abogada Yenny Carolina Ortega Ríos, como apoderada de la Contraloría General del Cauca, en los términos y para los fines del poder que aparece en el folio 67 del expediente.

**SEXTO. ADVERTIR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, como lo dispone expresamente el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, CPACA.

**SÉPTIMO.** Los Términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

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

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



# Tercera Parte

Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil publicados en el año 2018

# I. ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO

# 1. Sobre los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

#### Radicado 2299

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Levantamiento de la reserva mediante auto del 19 de junio de 2018

El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (en adelante, "DPS") consulta a la Sala acerca de cuál es la destinación que se le debe dar a los rendimientos financieros que no puedan adicionarse al convenio interadministrativo de gerencia integral de proyectos celebrados con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (en adelante "Fonade") y si los mismos podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia.

# I. Antecedentes

El asunto tiene como fundamento los siguientes antecedentes:

- 1.1. La entidad consultante (DPS), hace relación en primer lugar, al concepto emitido por esta Sala el 30 de abril de 2008, radicación No. 1881, en donde se precisó que en el caso de los contratos de gerencia integral de proyectos, el dinero que se entrega a la entidad que asume ese encargo (para el caso, Fonade) debe tenerse como el pago de un precio por la labor contratada, motivo por el cual su titularidad corresponde a la entidad que los recibe. Así las cosas, los rendimientos que se causen por los dineros entregados son, de igual manera, de propiedad de la entidad que recibió el "precio" y, por lo tanto, estos rendimientos pueden ser aplicados al mismo convenio. Lo anterior, siempre y cuando Fonade tenga la obligación "... de entregar plenamente ejecutado un proyecto y por lo mismo responda de su ejecución por su cuenta y riesgo" 187.
- 1.2. Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en concepto de 2007, con referencia 1-2007-013684, indicó que los dineros dados a título de pago por los servicios o bines recibidos, o como pago anticipado pertenecen a Fonade, hacen parte de su patrimonio y, por ende, se someten a las normas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado.
- 1.3. El DPS cita el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que dispone: "los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales".
- 1.4. Menciona que la naturaleza jurídica de los contratos que celebra Fonade, se rigen por las reglas del derecho privado y en principio, no son aplicables las normas de

<sup>187</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta No. 1881 del 30 de abril de 2008.

- la Ley 80 de 1993, pero deben tenerse en cuenta los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, entre ellas, el artículo 209 de la Constitución Política.
- 1.5. Además, invoca los términos de la cláusula séptima del Convenio 040 de 2012, celebrado entre el DPS, el Fondo de Inversión para la Paz (en adelante, "FIP") y Fonade. Así:
  - "Séptima.- Destinación de los rendimientos financieros. En todo caso, Fonade aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio, así como en aquellos adicionales, que con cargo al mismo, sean propuestos por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, a instancias de la aprobación del Comité de Seguimiento, para lo cual se requiere la modificación del convenio en el sentido de adicionar estos al valor del convenio".
- 1.6. Por último, y de manera previa a formular las preguntas concretas, el DPS aclara que "la consulta no está dirigida a definir la propiedad de los rendimientos financieros en los convenios interadministrativos de gerencia integral de proyectos con Fonade".

#### II. La consulta

Formulados los antecedentes anteriores, pregunta la entidad consultante:

- "1. ¿Los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia no puedan adicionarse al Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos suscrito con Fonade, podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia?
- "2. En caso de una respuesta negativa al interrogante anterior, se consulta si: ¿Los rendimientos financieros que no pueden adicionarse en aplicación de la restricción consagrada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 deben ser entregados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional?".

#### III. Consideraciones

La Sala procederá a pronunciarse respecto de la consulta planteada, con fundamento en el análisis de los siguientes temas: i) De la naturaleza jurídica de Fonade, ii) Régimen jurídico aplicable al convenio Interadministrativo 040 suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz iii) del caso concreto y conclusiones.

De naturaleza jurídica de Fonade

Sobre la naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) el Consejo de Estado ha afirmado en su jurisprudencia que:

"... Fonade, institución que nació como establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto No. 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio, el Presidente de la República reestructuró la entidad, mediante el Decreto 2168 de 1992, pasando a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación, así que le asignó carácter financiero. Igualmente, estableció como objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

Posteriormente, en el 2004, mediante el Decreto No. 288, se modificó su estructura, pero se conservó la naturaleza jurídica asignada en la anterior norma, y se añadió a la lista de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera<sup>188</sup>. En estos términos, actualmente Fonade es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera. Hecha esta precisión, hay que indagar si esta jurisdicción conoce el litigio planteado o se debe remitir a la justicia ordinaria". <sup>189</sup> (Subraya la Sala)

De otro lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado también afirmó sobre el objeto de la institución, así:

"corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, Fonade despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole. Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal".<sup>190</sup>

Asimismo, la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), fue modificada mediante el Decreto 288 de 2004, el cual estableció respecto de su naturaleza jurídica lo siguiente:

"El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio

<sup>&</sup>quot;Artículo 1º. Nombre, naturaleza y domicilio. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia, Bancaria. Tendrá su domicilio en la Ciudad de Bogotá". (Resaltado fuera del texto)

<sup>189</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C,Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), Radicado No. 25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083)

<sup>190</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 68001-23-33-000-2012-00322-01(52531)

propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia, Bancaria. "Tendrá su domicilio en la Ciudad de Bogotá".

En el pronunciamiento realizado por esta Corporación el 26 de febrero de 2015 y que ya fue mencionado, se dijo en cuanto a la naturaleza jurídica de Fonade:

"La naturaleza jurídica de Fonade está determinada por el estatuto orgánico del sistema financiero contenido en el Decreto ley No. 663 de 1993, dentro del cual el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade fue contemplado como una las entidades financieras con régimen especial, reguladas en la Parte X del referido estatuto, organizada bajo la estructura de empresa industrial y comercial del estado vinculada al Departamento Nacional de Planeación. En ese cuerpo legal la citada entidad financiera conservó la naturaleza de empresa industrial y comercial que se le había determinado a partir del Decreto 2168 de 1992, cuya vigencia se reiteró en el citado estatuto orgánico del sistema financiero. (...) la Sala observa que Fonade podía realizar convenios de cooperación de los referidos en el Decreto No. 393 de 1991, en la medida en que las actividades asumidas por virtud del respectivo convenio se encontraran dentro del marco de su objeto social como agente en materia de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo, y encuentra que también existió fundamento jurídico para contratos de cooperación, por la vía de las funciones definidas a Fonade en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de las cuales se destaca, para los propósitos de este análisis, la realización de contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos "necesarios dentro de los límites de su objeto" 191.

De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia, no remite a duda que el Fonade ostenta una naturaleza jurídica especial, toda vez que es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero y no societaria y en tal virtud, su régimen presupuestal es de naturaleza especial. Asimismo, que el Fonade está vinculado al Fondo Nacional de Planeación y que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Por último, en cuanto a su objeto hay que decir que esta entidad, es agente en materia de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, coordinando y financiando la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

ii) Régimen jurídico aplicable al convenio 040 suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz.

En desarrollo de su objeto social Fonade puede celebrar contratos con otras entidades públicas con el propósito de desarrollar los principios de cooperación, coordinación y apoyo y de esta manera dar cumplimiento a fines mutuos y a las funciones que le han sido encomendadas.

Corresponde ahora determinar si la prohibición contenida en la parte final del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los convenios interadministrativos.

<sup>191</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación 25000-23-26-000-2005-02761-01(38245).

Al respecto la citada norma dispone:

"Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el convenio interadministrativo No. 040 de 2012, fue suscrito por el Departamento para la Prosperidad Social en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz, y en cuanto a la naturaleza de los contratos que celebren en relación con dicho Fondo el artículo 8 de la Ley 487 de 1998 los sujetó a las normas del derecho privado.

Al respecto la norma en comento establece:

"Artículo 8º. Fondo de Inversión para la Paz. Créase el Fondo de Inversión para la Paz como principal instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la Paz.

Este Fondo será una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República, administrada por un consejo directivo y sujeta a la inspección y vigilancia de una veeduría especial, sin perjuicio de las facultades a cargo de la Contraloría General de la República.

Las funciones relativas a la administración del fondo tanto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como del Órgano de Administración del Fondo, se ejercerán en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación.

Para el desarrollo de la finalidad del Fondo se podrán crear Fondos Fiduciarios, celebrar contratos de fiducia y encargos fiduciarios, contratos de administración y de mandato y la demás clases de negocios jurídicos que sean necesarios. Para todos los efectos, los contratos que se celebren en relación con el Fondo, para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos se regirán por las reglas del derecho privado.

Los recursos provenientes de los Bonos de Paz que se crean en la presente ley, estarán destinados exclusivamente al Fondo a que se refiere este artículo.

El Fondo podrá nutrirse con recursos de otras fuentes de conformidad con lo que disponga el Gobierno nacional.

Parágrafo 1º. De los recursos provenientes del Fondo de Inversión para la Paz, se asignará y apropiará un porcentaje suficiente para fortalecer el desarrollo de los proyectos de reforma agraria integral, a través de las entidades competentes y que ejecuten los programas de paz.

Parágrafo 2º. El Gobierno nacional deberá presentar un informe semestral al Congreso de la República sobre la aplicación de los bonos de solidaridad para la paz en el fondo de inversión creado para tal efecto". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

# III) Del caso concreto y conclusiones

Aunque la presente consulta se refiere al convenio interadministrativo No. 040 de 2012, suscrito entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz y el Fondo Nacional de Desarrollo (Fonade) del cual no se infiere claramente el alcance de la obligación de resultado de Fonade, a que alude el concepto de esta sala del 30 de abril de 2008, mencionado en los antecedentes, se considera importante para emitir el concepto otorgar plenos efectos al principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la disponibilidad de los rendimientos en los contratos de obra en los cuales Fonade realice la obra por su cuenta y riesgo.

En virtud al principio de la autonomía de la voluntad, en la cláusula séptima del Convenio No. 040 de 2012, se pactó claramente que Fonade aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio e igualmente en los adicionales que sean propuestos por el DPS, motivo por el cual se debe modificar el convenio para adicionar los rendimientos al valor inicialmente fijado. Así quedó consignada dicha estipulación:

"Cláusula séptima. Destinación de los rendimientos financieros. En todo caso, Fonade, aportará los rendimientos financieros en los proyectos objeto del presente convenio, así como aquellos adicionales, que con cargo al mismo, sean propuestos por el Departamento de la Prosperidad Social, a instancias de la aprobación del Comité de seguimiento, para lo cual se requiere la modificación del convenio en el sentido de adicionar estos al valor del convenio".

Con fundamento en lo anterior, es claro que surge una obligación a cargo de Fonade, la que debe ser cumplida y se presume legal, en cuanto ninguna autoridad la ha declarado nula.

Según lo convenido, es evidente que los rendimientos financieros que se generan como producto del pago realizado a Fonade pueden ser reintegrados para financiar los proyectos que se desarrollen como objeto del convenio, así como los adicionales que sean propuestos por el DPS, lo cual efectivamente ocurrió mediante la suscripción de los respectivos otro sí. Todo ello en virtud de lo pactado por esta entidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad, dado que el convenio se desarrolla en ejercicio de los principios de coordinación y colaboración que orienta la actividad estatal.

Es importante aclarar que los rendimientos financieros pertenecen a Fonade en cuanto correspondan al pago de un precio, solo para aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado, de tal manera que responda por su ejecución bajo su cuenta y riesgo, con sujeción a los límites de la ley.

Por tanto, en virtud a la fuerza obligatoria que emana de dicha relación contractual, las obligaciones pactadas en el contrato deben ser cumplidas en virtud al principio de "pacta sunt servanda" previsto en el artículo 1602 del Código Civil según el cual el contrato válidamente celebrado es ley para las partes.

Como se analizó en precedencia, atendiendo a la naturaleza del contrato que celebró el DPS, en su condición de administrador del Fondo de Inversión para la Paz y de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 487 de 1998, se rige por las normas del derecho privado. Esta circunstancia permite colegir que no se aplica la limitación establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual podrá adicionarse el convenio en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicialmente estipulado, con la suma que incluyan los rendimientos financieros, los que podrán ser destinados a financiar los proyectos objeto de ese convenio según lo pactado entre el DPS y Fonade.

Finalmente la Sala se permite exhortar a Fonade sobre la obligación que tiene de precisar claramente el objeto y alcance de sus obligaciones contractuales. En ese sentido, recomienda que en los contratos denominados "gerencia de proyectos" se establezca claramente el objeto y las obligaciones de Fonade (cláusulas primera y tercera), su responsabilidad por la ejecución de las obras por su cuenta y riesgo o simplemente de adelantar una gerencia del proyecto. Asimismo, para advertir que ni la clase ni el objeto de los contratos estatales pueden ser modificados durante su ejecución (cláusula 4 parágrafo 2º).

# IV. La Sala responde:

"1. ¿Los rendimientos financieros que excedan el límite señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia no puedan adicionarse al Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos suscrito con Fonade, podrán ser destinados a otros proyectos de la entidad contratante bajo un nuevo convenio de gerencia?"

"2. En caso de una respuesta negativa al interrogante anterior, se consulta si: ¿Los rendimientos financieros que no pueden adicionarse en aplicación de la restricción consagrada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 deben ser entregados a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional?

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, Fonade en condición de titular de los rendimientos financieros, tiene la facultad de disponer sobre el destino final de estos, en aquellos contratos que impliquen una obligación de resultado en los que responda por su ejecución, bajo su cuenta y riesgo, con sujeción a los límites de la ley.

En importante advertir que en el presente caso no se aplica la limitación contenida en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

Remítase al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

2. Acto legislativo 2 de 2015. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Norma de transición. Continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sujeta a plazo o condición. Radicado 2305

#### Radicado 2327

Fecha: 24/04/2017

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante oficio 18-0019628 DJU 1500 del 12 de julio de 2018

El señor Ministro de Justicia y del Derecho consulta a esta Sala sobre los efectos que podrían tener, en la continuidad de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las decisiones judiciales que suspendieron provisionalmente el proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial creada en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015.

# I. Antecedentes

La consulta se refiere en primer término, al texto original del artículo 254 de la Constitución Política de 1991, relativo al Consejo Superior de la Judicatura, sus Salas, Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria, el número de magistrados que las integraban, sus nominadores, y el período de ocho años para el cual eran elegidos.

Sobre la provisión de las vacantes, el artículo 77 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, ordenó que las vacantes temporales fueran provistas por la respectiva Sala y las absolutas por los nominadores.

En segundo término, la consulta anota que las modificaciones introducidas por los artículos 15, 16, 17 y 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, a los artículos 254, 255, 256 y 257 originales de la Carta, generaron tres efectos en la organización de la Rama Judicial:

- La supresión del Consejo Superior de la Judicatura;
- Un nuevo sistema de gobierno y administración de la Rama Judicial a cargo de los denominados Consejo de Gobierno Judicial y Gerencia de la Rama;
- Un nuevo modelo de disciplina para jueces y empleados de la Rama, con la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Respecto de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso que se conformara con 7 magistrados elegidos por el Congreso en pleno de ternas que envíen el Consejo Superior de la Judicatura (4 ternas) y el Presidente de la República (3 ternas).

El parágrafo transitorio del artículo 19 en cita previó que:

(i) la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial sería dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015;

- (ii) una vez posesionados sus integrantes, la Comisión asumiría el conocimiento de los asuntos a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria;
- (iii) los Magistrados actuales de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ejercerían sus funciones hasta el día de la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

La Corte Constitucional en la sentencia C-285-16 declaró inexequibles varias disposiciones del Acto Legislativo 2 de 2015 porque encontró probada la sustitución parcial de la Constitución de 1991 y, entre otras determinaciones, tomó las siguientes:

- (i) La redacción del artículo 254 de la Constitución:
  - "Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura estará integrado por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado".
- (ii) La sustitución, en todas las disposiciones del Acto Legislativo 2 de 2015, de la expresión "Consejo de Gobierno Judicial" por "Consejo Superior de la Judicatura".

La Corte Constitucional, en la comentada sentencia C-285-16, se declaró inhibida respecto de la supresión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y su remplazo por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por ineptitud sustancial de la demanda.

No obstante, la Corte Constitucional en el Auto 278 de 2015<sup>192</sup>, al resolver sobre un conflicto de competencias entre jurisdicciones –función que le asignó el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015– había precisado:

"De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no (sic) se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no solo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela". (La negrilla es de la cita hecha en la consulta).

A continuación la consulta narra que por Decreto 1189 de 2016<sup>193</sup> se adoptó el trámite de la convocatoria pública para la integración de las ternas a cargo del Presidente de la

<sup>192</sup> Corte Constitucional, Auto 278 de 2015 (9 de julio) Referencia: C.J. 001. Conflicto de colisión negativo de competencia entre jurisdicciones, propuesto por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá al Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias de las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional de la misma ciudad.

<sup>193</sup> Decreto 1189 de 2016 (julio 19) "Por el cual se adiciona un título al Decreto 1081 de 2005, "por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República", en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República"

República, y que dicho decreto fue objeto de medida de suspensión provisional adoptada por el Consejo de Estado en Auto del 24 de noviembre de 2016. 194

También, que el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA16-10548 de 2016195 para la integración de las ternas que le corresponden, que fue igualmente objeto de suspensión provisional mediante Auto del 23 de noviembre de 2016. 196

Ambas medidas de suspensión se sustentaron en que las convocatorias públicas ordenadas en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 debieron ser regladas por la ley de conformidad con el artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del mismo acto legislativo.

El señor ministro consultante explica que su despacho reconoce la continuidad en sus respectivos cargos, de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el acto legislativo en cita, y la entiende como una opción razonable dentro del plazo de un año señalado para la transición prevista por el constituyente.

Sin embargo expresa que, ante las decisiones judiciales adoptadas, ese plazo no fue posible cumplirlo, y hoy el Estado cuenta con un grupo de funcionarios en ejercicio sin período definido, pese a que fueron elegidos para un período de ocho años.

Manifiesta que modificado el escenario fáctico dispuesto por el constituyente en el parágrafo transitorio del artículo 257 (sic), esto es, vencido el plazo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, surgen dos alternativas de interpretación:

- Que el referido parágrafo transitorio del artículo 257 es un único cuerpo normativo en virtud del cual, vencido el plazo dispuesto para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no pueden ni deben continuar ejerciendo sus funciones;
- (ii) Que al margen del plazo establecido en el citado parágrafo, los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuarán indefinidamente ejerciendo sus funciones.

En consecuencia, el Ministro formula a la Sala las siguientes preguntas:

 ¿Hasta cuándo pueden ejercer sus funciones los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?

<sup>194</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. El Auto del 24 de noviembre de 2016 resolvió adicionar el auto admisorio de la respectiva demanda.

<sup>195</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA16-10548, julio 27 de 2016, "Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

<sup>196</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. El Auto del 23 de noviembre de 2016 también resolvió adicionar el auto admisorio de la respectiva demanda.

- 2. Si ya culminó su período de 8 años, ¿pueden los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuar ejerciendo el cargo?
- 3. Vencido el plazo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, establecido en el parágrafo transitorio del artículo 257, ¿los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pueden y deben continuar ejerciendo sus funciones? En caso de que se conceptúe en el sentido de que el período de los actuales magistrados culminó y por ende no pueden continuar ejerciendo sus funciones, ¿cuándo se debe declarar y proveer la vacante definitiva?
- 4. ¿Quién es la autoridad competente para declarar y proveer las vacantes temporales y definitivas que se presenten por parte de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?
- 5. ¿Debe el Presidente de la República proceder a conformar nuevas ternas para elegir nuevos magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en caso de que se conceptúe en sentido de que el período de los actuales culminó y por tanto deben abandonar sus cargos?

#### II. Para responder la Sala considera

La reforma para el equilibrio de los poderes públicos adoptada en el Acto Legislativo 2 de 2015 modifica el órgano competente para vigilar la conducta disciplinable de los funcionarios y empleados judiciales y de los abogados, al crear la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, de la cual trata el artículo 19 del acto legislativo original. Esta sustituye a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que, en la Constitución de 1991, formaba parte del Consejo Superior de la Judicatura.

De conformidad con el artículo 19 en mención, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe ser integrada con siete magistrados, elegidos por el Congreso de la República de ternas elaboradas por el Presidente de la República (3) y por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>197</sup> (4), previa convocatoria pública reglada.

En el parágrafo transitorio del artículo 19 en comento se estableció que dentro del plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015<sup>198</sup>, debían ser elegidos los miembros de la Comisión.

Entretanto, los magistrados que para esa misma fecha integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuarían en ejercicio de sus cargos hasta cuando se posesionaran los miembros de la Comisión Nacional y esta asumiera los procesos disciplinarios a cargo de la extinta Sala.

<sup>197</sup> Definido por la sentencia C-285-16, que se reseñará más adelante.

<sup>198</sup> A.L.2/15, artículo 26, inciso final: "El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación". El acto legislativo fue publicado en el Diario Oficial No. 49560 de julio 1 de 2015.

Después de vencido el plazo señalado en la norma transitoria, el Gobierno nacional y el Consejo Superior de la Judicatura expidieron los reglamentos con base en los cuales adelantaron la convocatoria pública para conformar las respectivas ternas.

Más adelante dichos reglamentos fueron suspendidos por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

De manera que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no ha sido integrada, y los magistrados que conformaban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan en ejercicio de sus cargos.

Se pregunta, entonces, sobre la viabilidad de la continuación de los mencionados magistrados, dado que en virtud de la suspensión provisional de los reglamentos de las convocatorias públicas, se tornó indefinida la permanencia en los cargos para los cuales habían sido elegidos.

La Sala analizará los siguientes temas: (i) El Consejo Superior de la Judicatura en la Constitución de 1991 y en el Acto Legislativo No. 2 de 2015, con especial referencia al artículo 19 y su parágrafo transitorio, relativos al órgano competente para disciplinar a los servidores de la Rama Judicial y a los abogados; (ii) el mecanismo de transición adoptado y la variación en los supuestos de hecho definidos por el constituyente derivado.

#### 1. El Consejo Superior de la Judicatura

#### 1.1. En la Constitución de 1991 y la Ley estatutaria 270 de 1996

La Constitución Política de 1991, Capítulo VII del Título VIII, sobre la Rama Judicial, estructuró el Consejo Superior de la Judicatura, así:

En el artículo 254 dispuso que dicho Consejo se conformaba con dos Salas: la Administrativa integrada por 6 magistrados, y la Jurisdiccional Disciplinaria, compuesta por 7 magistrados, elegidos para períodos de ocho años.

Los requisitos para ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura se establecieron en el artículo 255.

El artículo 256 se refirió a las atribuciones del Consejo Superior y de los Consejos Seccionales, "según el caso y de acuerdo a la ley", para administrar la carrera judicial; elaborar las listas para la designación de funcionarios judiciales excepto de la justicia penal militar; examinar la conducta de los funcionarios de la Rama Judicial y de los abogados, y sancionar sus faltas; controlar el rendimiento de las corporaciones y los despachos judiciales; elaborar el presupuesto de la Rama Judicial; dirimir los conflictos de competencia entre jurisdicciones y las demás que le señalara la ley.

El artículo 257 asignó al Consejo Superior las funciones de fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales; crear, suprimir, fu-

sionar y trasladar cargos en la administración de justicia sin exceder la ley de apropiaciones presupuestales; reglamentar la organización y las funciones internas asignadas a los distintos cargos, y los trámites judiciales y administrativos de los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; proponer proyectos de ley sobre administración de justicia y códigos sustantivos y procedimentales.

Luego, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, Título IV sobre "la administración, gestión y control de la Rama Judicial", identificó como "funciones básicas" del Consejo Superior de la Judicatura la administración de la Rama Judicial y el ejercicio de la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución y con la misma ley estatutaria (artículo 75). Además, previó:

#### Artículo 77, tercer inciso:

"Las vacancias temporales serán provistas por la respectiva Sala, las absolutas por los nominadores".

#### Artículo 78:

"Posesión y permanencia. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura tomarán posesión de sus cargos ante el Presidente de la República y permanecerán en el ejercicio de aquellos por todo el tiempo para el cual fueron elegidos, mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso".

Artículo 130, incisos primero, segundo y tercero:

"Clasificación de los empleos. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

(...)"

## 1.2. En el Acto Legislativo 2 de 2015

El Acto Legislativo 2 de 2015<sup>199</sup> modificó la estructura de la administración de la Rama Judicial y la competencia para disciplinar a sus funcionarios y empleados y a los abogados. Para tal efecto, modificó los textos de los artículos 254, 255 y 257 y, dado el contenido de las nuevas disposiciones, operó la derogatoria tácita del contenido original de los citados artículos y derogó expresamente el artículo 256. Veamos:

Con el artículo 15 modificó el artículo 254, y dispuso que el gobierno y la administración de la Rama Judicial estarían a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, con las funciones que les atribuyera la ley. También enunció algunas funciones, señaló la integración del Consejo de Gobierno Judicial y los requisitos de sus miembros, y remitió a la ley estatutaria las reglas sobre intervenciones de determinados servidores de la Rama Ejecutiva, miembros de la academia y abogados litigantes en las reuniones del Consejo.

En consecuencia, operó la derogatoria tácita del Consejo Superior de la Judicatura, de las Salas que lo integraban y de las disposiciones relativas al número y al período de los magistrados.

Con el artículo 16 remplazó el texto del artículo 255 por la definición y las reglas de integración y funcionamiento de la Gerencia de la Rama Judicial. Por consiguiente, derogó tácitamente los requisitos para ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>200</sup>

Con el artículo 17 derogó expresamente el artículo 256 de la Constitución, por lo cual quedaron suprimidas las funciones que ejercían el Consejo Superior y los consejos seccionales sobre asuntos del funcionamiento de la Rama Judicial, incluida la facultad disciplinaria sobre los funcionarios y los abogados.

El artículo 18, "transitorio", ordenó al Gobierno que antes del 1º de octubre de 2015 presentara el proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los nuevos órganos, estableció algunas reglas y relacionó las normas de la Ley 270 de 1996 que continuarían rigiendo hasta la entrada en vigencia de la nueva ley estatutaria.

El artículo 19, modificó el artículo 257 para establecer la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, definir su competencia y su conformación, e indicar los asuntos que serían de competencia de la ley, incluidas las comisiones seccionales de disciplina judicial. Por lo tanto, quedaron derogadas tácitamente –en lo que hace al órgano de disciplina judiciallas funciones de administración relativas a la prestación del servicio de justicia, fijadas en el artículo 257 original.

El texto completo del artículo 19, como fue aprobado, es el siguiente:

<sup>199</sup> Acto legislativo 2 de 2015 (julio 1º) "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones".

<sup>200</sup> Como se explicará más adelante, la Sentencia C-285-16 declaró inexequible el artículo 16 de Acto Legislativo 2 de 2015 y dispuso la reviviscencia del artículo 255 original.

"Artículo 19. El artículo 257 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 257. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada. Tendrán periodos personales de ocho años, y deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no podrán ser reelegidos.

Podrá haber Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial integradas como lo señale la ley.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados.

Parágrafo. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela.

Parágrafo Transitorio 1°. Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad."

La fecha de vigencia del acto legislativo es el 1º de julio de 2015, porque el artículo 26<sup>201</sup> del mismo acto legislativo ordenó que entrara a regir desde su promulgación, hecho que se dio con la publicación en el *Diario Oficial* No. 49.560 del miércoles 1º de julio del 2015.

<sup>201</sup> A.L. 2/15, artículo 26. "Concordancias, vigencias y derogatorias. ( ...) (inciso final): "El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación".

Vale decir que el plazo para la elección de los magistrados del nuevo órgano debía transcurrir entre el 1º de julio de 2015 y el 1º de julio de 2016.

El plazo en cuestión transcurrió sin que se iniciara actuación alguna para la integración de la Comisión.

#### 1.3. Las sentencias de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha decidido de fondo sobre demandas interpuestas contra la totalidad o parte del articulado del Acto Legislativo 2 de 2015. Uno de los efectos de tales sentencias fue el haber fijado la nueva redacción de algunas de las disposiciones constitucionales originales.

Con la advertencia de que aún cursa una demanda contra la totalidad del acto legislativo<sup>202</sup>, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el mecanismo de transición dispuesto para su entrada en operación fueron declarados exequibles en las sentencias C-373-16 y C-112-17. En la sentencia C-285-16 no hubo pronunciamiento de fondo sobre la Comisión por ineptitud de la demanda, pero se expusieron argumentos que apuntan a su vigencia y a la de las medidas transitorias contempladas en la reforma constitucional.

Es necesario entonces, un breve repaso sobre las consideraciones expuestas en las decisiones jurisprudenciales.

#### Sentencia C-285-16<sup>203</sup>.

La Corte Constitucional encontró configurado el cargo de sustitución de la Constitución respecto del artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015, y lo declaró inexequible. Pero como también encontró procedente inhibirse sobre la derogatoria tácita del numeral segundo del artículo 254 original correspondiente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, estimó necesario redactar el nuevo texto del artículo 254 y tomar otras decisiones, las cuales explicó así en las consideraciones de la sentencia:

"... esta Corporación declarará inexequible el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, salvo en lo que tiene que ver con la derogatoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la habilitación al legislador para crear los consejos seccionales de la judicatura. En consecuencia, operará la reviviscencia parcial del artículo 254 original de la Constitución, el cual, al sustraérsele los textos cuya derogatoria no fue objeto de la decisión que ahora adopta la Corte, quedaría así:

Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

<sup>202</sup> Expediente D0011532 – Registro de proyecto de fallo marzo 3 de 2017.

<sup>203</sup> Corte Constitucional, sentencia C-285-16 (junio 2), Referencia: Expediente DF-10990, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2015, "por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones". Esta sentencia también declaró inexequibles el artículo 16 (Gerencia de la Rama Judicial), y parcialmente los artículos 17 (atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura) y 18 (transitorio, sobre la ley estatutaria); así como las remisiones al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial contenidas en los artículos 8, 11 y 19, ordenando que en las disposiciones constitucionales a las que tales artículos aluden, la expresión "Consejo de Gobierno Judicial" se sustituye por "Consejo Superior de la Judicatura".

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

Advierte la Corte que la anterior redacción es confusa y contradictoria, pues establece que el Consejo Superior se dividirá en dos salas y sólo se enuncia una, comoquiera que la segunda era la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que fue suprimida y, en su remplazo, se creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por fuera de la estructura de gobierno y administración de la Rama Judicial, aspecto en relación con el cual la Corte no se pronuncia en este fallo.

Por lo anterior, con el objetivo de mantener la coherencia y la armonía en el texto constitucional, y con ello su integridad que se podría ver afectada como consecuencia de las confusiones generadas por la contradicción presente en la texto de la norma que recobra de manera parcial su vigencia, se dispondrá que el artículo 254 superior quedará así:

Artículo 254. "El Consejo Superior de la Judicatura estará integrado por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado".

Dicha redacción materializa la decisión de la Corte de declarar que el diseño orgánico previsto en el A.L. 02 de 2015 en remplazo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sustituye parcialmente la Constitución, razón por la cual las competencias de gobierno y administración de la Rama Judicial deben seguir en cabeza de dicha Sala, ahora como única integrante del Consejo Superior de la Judicatura. De la misma manera, respeta la escisión introducida en el Acto Legislativo 02 de 2015 entre los órganos de autogobierno de la Rama Judicial y los de disciplina de sus miembros, manteniendo al máximo el texto original de la Carta Política".

Con relación al artículo 16 del acto legislativo que, al modificar el artículo 255 original para introducir en su texto la Gerencia de la Rama Judicial, eliminó los requisitos para ser magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, la sentencia C-285 señaló:

"Al respecto, este Tribunal advierte que el mencionado artículo 16 al regular las funciones de la Gerencia de la Rama Judicial desarrolla el modelo de autogobierno que según encuentra la Corte sustituye la Carta, por lo que la Sala declarará su inexequibilidad, con lo cual opera la reviviscencia del artículo 255 original de la Constitución...".

Más adelante manifestó que la modificación hecha por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, al artículo 257 original de la Carta, produjo dos efectos en la organización de la Rama Judicial:

"(i) eliminó unas funciones del Consejo Superior de la Judicatura que desarrollaban las competencias de administración y gobierno de la Rama Judicial,

(ii) Introdujo el nuevo sistema disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, así como de los abogados en ejercicio, mediante la creación de la Comisión Nacional del Disciplina Judicial y la trasformación de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial".

Como por razón del nuevo sistema de gobierno y administración de la Rama Judicial fueron eliminadas las funciones enlistadas en el artículo 257 original, la Corte Constitucional: (i) declaró inexequible su eliminación con el efecto de la reviviscencia del texto original, y (ii) incorporó el artículo 19 del Acto Legislativo 2 como artículo 257 A, para lo cual argumentó:

"En relación con la introducción del nuevo modelo disciplinario, este Tribunal no se pronunciará, pues se inhibirá por inepta demanda como se indicó líneas atrás. Sin embargo es preciso aclarar que como quiera que en el parágrafo transitorio del artículo 19 en cuestión se dispone un régimen de transición, y en razón de las declaratorias de inexequibilidad que se ha producido, hasta tanto se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán únicamente las funciones que les corresponden como integrantes de dicha sala, dado que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura ha dejado de existir.

Así las cosas, el artículo 257 original de la Carta volverá a tener efectos en razón a la reviviscencia con ocasión de la decisión de inexequibilidad, y el texto positivo del artículo 19 del Acto legislativo 02 de 2015 quedará vigente. Sin embargo, como esta última disposición subrogaba el artículo 257 superior, en razón de la reviviscencia del mismo, debe entenderse que la misma obra como una adicción (sic) al texto constitucional, razón por la cual, para evitar la duplicidad en la numeración y seguir la técnica utilizada por el constituyente derivado en casos similares<sup>204</sup>, deberá entenderse incorporado como artículo 257-A".

En la sentencia C-285-16 también se declararon inexequibles las remisiones que los artículos 8, 11 y 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 hacían al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial. Pero como su supresión en la Constitución afectaría la elaboración de listas y procesos de convocatoria para la conformación de la Corte Suprema, el Consejo de Estado, la Comisión de Aforados y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, resolvió:

"... en las disposiciones superiores a las que tales artículos aluden, (i) La expresión "Consejo de Gobierno Judicial" se sustituye por "Consejo Superior de la Judicatura" y, (ii) Se suprime la expresión "y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial".

Las decisiones de fondo tomadas en la sentencia C-285-16, significan que:

<sup>204 [</sup>Esta cita es de la sentencia] Como puede evidenciarse en el artículo 8° de la misma reforma en estudio que añadió el artículo 178-A.

- El Consejo Superior de la Judicatura, integrado por las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria, quedó suprimido. También quedó suprimida su Sala Plena por la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.
- La administración y el gobierno de la rama judicial corresponden al órgano denominado Consejo Superior de la Judicatura, que se integra de la misma manera que la anterior Sala Administrativa y asume las funciones de esta y además las funciones de la extinguida Sala Plena del Consejo Superior original en cuanto a la administración de la prestación del servicio de justicia.
- Sin perjuicio de la decisión inhibitoria por ineptitud de la demanda respecto del artículo 19 del acto legislativo, se reconoce que la función disciplinar:
  - (i) fue escindida de las funciones de gobierno y administración de la Rama Judicial; se amplió a los empleados de la Rama Judicial; y se radicó en un órgano autónomo, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que puede funcionar de manera desconcentrada si así lo dispone la ley;
  - (ii) se entiende radicada en los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, como mecanismo transitorio, mientras se surten los procedimientos establecidos para la conformación de la Comisión Nacional.

En síntesis, la sentencia C-285-16 reconoce y da efecto a: (i) la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, (ii) la escisión de la función disciplinar con la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como órgano separado de la administración de la Rama Judicial; y (iii) la continuidad de la función, con la permanencia en sus cargos de los magistrados que al entrar en vigencia el acto legislativo integraban la Sala en mención.

#### Sentencia C-373-16 (13 de julio)

Dos advertencias previas:

La primera: la sentencia es anterior a la medida provisional de suspensión de los actos administrativos que habían dado inicio al proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

La segunda: para la fecha de formulación de la consulta solo se disponía del comunicado de la Corte Constitucional No. 29 del 13 de julio de 2016 –no del texto completo de la sentencia C-373-16-.

No obstante, la importancia de la Sentencia C-373-16 radica en los pronunciamientos de fondo contenidos en ella sobre la transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial dentro del marco de los cargos de la demanda<sup>205</sup>, como se repasa a continuación.

<sup>205</sup> En el punto Noveno de la parte resolutiva de la sentencia se declara exequible el artículo 19 "por los cargos analizados".

(i) El cargo por "vulneración de los principios de consecutividad e identidad flexible":

En criterio del demandante la prolongación del período de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria cuando entró a regir el acto legislativo 2 de 2015, "no fue objeto de debate y aprobación en ninguna de la instancias previas del trámite legislativo", y por lo tanto no fue una fórmula de transición propia de una reforma constitucional sino "la instauración de un beneficio subjetivísimo" en favor de los magistrados, con desconocimiento de los principios de imparcialidad y generalidad de las reformas constitucionales y con afectación del derecho al acceso a la función pública consagrado en el artículo 126 de la Carta.

La Corte se refirió a los dos tipos de examen que ha definido para el estudio y decisión del cargo en mención, cuando se plantea frente a reformas constitucionales:

El primero, dirigido a "establecer si los artículos aprobados corresponden al tema debatido a lo largo del trámite en el Congreso", lo cual le permite declarar la norma exequible cuando "tenga una conexión clara, específica, estrecha, necesaria o evidente con los asuntos que se hubieran debatido previamente. Se trata de una exigencia que recorre los ocho debates y por eso la violación puede producirse tanto en primera vuelta como en segunda. Podría denominarse "juicio de novedad de la modificación".

El segundo, "... tiene como propósito establecer si la esencia de lo acordado por las cámaras en primera vuelta en relación con la institución política reformada, fue alterada con lo aprobado en segunda...".

Comparados los textos aprobados en cada uno de los debates la Corte Constitucional concluyó:

"...siempre fueron contempladas reglas que tenían por objeto fijar la forma en que habría de producirse la transición como consecuencia de la eliminación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial... aunque solo fue a partir del quinto debate que se incluyeron en las disposiciones transitorias reglas específicas relativas a la situación de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura de cara a la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no se trata de un asunto que pueda considerarse novedoso y, mucho menos que modifique de manera esencial el texto aprobado el finalizar la primera vuelta. Por el contrario, la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial planteaba, desde el principio, la necesidad de definir el momento en que ella sería integrada y, al mismo tiempo, qué ocurriría con los Magistrados que ocupaban los cargos del organismo que tenía a su cargo algunas de las funciones ahora atribuidas a dicha Comisión. Aunque las iniciativas inicialmente aprobadas no establecían reglas que se ocuparan de todas las aristas que suponía la transición, es claro que ellas demarcaban con claridad el sentido de la transición. Echar de menos esa conexidad, aduciendo que las normas de transición aprobadas durante la primera vuelta no hicieron referencia específica a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, sería desconocer

el carácter instrumental de tal tipo de medidas y su propósito de evitar controversias interpretativas que tendrían la capacidad de paralizar las decisiones principales del acto reformatorio. En este caso, se trata de un texto instrumental y que es el resultado de la identificación de los diferentes riesgos asociados a la eliminación de un organismo constitucional...".

"La novedad que el demandante encuentra en la regulación adoptada y a partir de la cual pretende fundamentar el cargo por la infracción del principio de consecutividad, se fundamenta en el establecimiento de un beneficio personal a favor de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura...La Corte encuentra que además de tratarse de una norma instrumental, constitucionalmente posible para hacer posible la transición, de ella no se desprende ni así lo demuestra el demandante, que el legislador hubiera tenido el propósito de otorgar un beneficio personal que asegurara la permanencia de los Magistrados por un tiempo indefinido. Por el contrario, de la lectura de la disposición constitucional se desprende (i) que la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debía surtirse durante el año siguiente a la entrada en vigencia de acto legislativo y (ii) que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura ejercerían sus funciones hasta el momento que los integrantes de la comisión tomaran posesión de su cargo lo que, siguiendo las reglas previstas en el artículo 133 de la Ley 270 de 1996 habría de ocurrir en el término de quince (15) días. Resulta claro, en consecuencia, que el Congreso no estableció un término que implicara la continuidad indefinida de los "actuales magistrados" del Consejo Superior de la Judicatura y, por el contrario, diseñó una fórmula que permite un tránsito ágil del anterior régimen al nuevo. Esa referencia a los "actuales magistrados" obedece, precisamente, a la naturaleza del problema que debía regularse y a la necesidad de asegurar, insiste la Corte, la puesta en marcha de la voluntad constituyente plasmada en el Acto Legislativo 02 de 2015".

La Corte cita como precedente la sentencia C-753-04 en la cual declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 15 del Acto Legislativo 1 de 2003, en cuanto dispuso que el período de quien se desempeñaba como Registrador Nacional del Estado Civil cuando entró en vigencia dicho acto legislativo, iría hasta el año 2006, con el fin de que el nuevo Registrador pudiera ser seleccionado por los Presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, previo concurso público reglado por la ley, tal como lo dispuso el mismo acto legislativo<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> Acto Legislativo 1 de 2003 (Julio 3), "Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones". El artículo 15 modificó el artículo 266 de la Constitución para establecer el proceso de selección y designación del Registrador Nacional del Estado Civil. El parágrafo transitorio dispuso: "El período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siquiente elección de unos y otro se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo". La frase subrayada fue demandada porque en criterio del actor no cumplió con los debates reglamentarios. Revisadas las Gacetas del Congreso, la Corte concluyó que " . . por lo que hace a la reforma del artículo 266 de la Constitución Política y, más concretamente en lo referente al período del Registrador Nacional del Estado Civil, se dio cumplimiento a los principios de consecutividad e identidad que para la formación de los actos legislativos se exige por la Constitución (artículo 375), así como por la ley 5 de 1992 - Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes - (artículos 224 a 227)". Y agregó: "que dada la vigencia inmediata del Acto Legislativo N° 1 de 2003, como norma general, la decisión contenida en el parágrafo transitorio del artículo 266 de la Constitución con el nuevo texto del mismo conforme al artículo 15 de esa reforma a la Constitución, fue una decisión del Constituyente Derivado, adoptada por el como una norma de carácter instrumental necesaria... con una finalidad específica, para clarificar una situación jurídica concreta y de enorme trascendencia en el transito legislativo entre la norma constitucional anterior y la nueva. Esto claramente significa que no hubo ninguna elusión del debate, ni tampoco rompimiento de los principios de consecutividad e identidad, ni una prórroga del período del Registrador Nacional del Estado Civil. Por el contrario, lo que se encuentra es que se trata de una previsión del Congreso de la República como Constituyente Derivado para impedir un salto al vacío entre la normatividad anterior y la puesta en vigencia de la que la sustituye..." (negrillas fuera del texto).

Observa la Sala que a propósito del análisis del cargo por presunta vulneración de los principios de consecutividad e identidad flexible, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre la constitucionalidad de disposiciones transitorias como las adoptadas por los Actos Legislativos 1 de 2003 y 2 de 2015, que amplían la permanencia del titular en el cargo, porque son normas instrumentales necesarias para facilitar los cambios institucionales introducidos en la respectiva reforma.

Encuentra la Sala que en la sentencia C-753-04, la Corte Constitucional afirmó que la decisión de extender la permanencia del entonces titular en el cargo de Registrador Nacional del Estado Civil no era una prórroga del período, sino una norma instrumental requerida por la reforma adoptada para la provisión del empleo en cuestión.

#### (ii) El cargo por vulneración del principio de unidad de materia:

El demandante afirmó que el control disciplinario de los servidores de la Rama Judicial no guardaba relación con la propuesta de restablecer el equilibrio de poderes que era el tema principal de la reforma constitucional.

Para la Corte Constitucional, los artículos 15, 17, 18, 19 y 26 del Acto Legislativo 2 de 2015 tuvieron "el propósito de reformar la Carta y, en consecuencia, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal, resultan compatibles con el artículo 158", y precisó:

"En efecto, las variaciones relativas al Gobierno y a la Administración de la Rama Judicial -la mayoría de ellas declaradas inexequibles en la sentencia C-285 de 2016- y al juzgamiento disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial fueron incluidas, desde el principio, entre los objetivos que motivaron la presentación del proyecto de acto legislativo por parte del Gobierno.

Con fundamento en esa idea directriz la exposición de motivos señaló que desde el punto de vista temático la reforma contenía propuestas encaminadas, entre otras cosas, a hacer más eficiente la administración de justicia. (...)"

Al argumento expuesto agregó dos: (a) la reforma sí se ocupó de las relaciones de los órganos de la Rama Judicial con otros órganos del poder público; por ejemplo, eliminó la competencia preferente de la Procuraduría General de la República sobre los empleados judiciales, y estableció la intervención del Congreso de la República, el Consejo de Gobierno Judicial (conformado según la Sentencia C-285-16) y el Presidente de la República, en la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; y (b) las modificaciones a la forma de administración de la Rama Judicial y al modelo de control disciplinario de sus servidores "... incide (a) en la posición que en el Estado tiene dicha rama del poder público así como (b) en la forma y cauces para su relacionamiento con otros órganos y su capacidad de actuación...".

#### (iii) Cargo de sustitución de la Constitución:

El demandante consideró que el parágrafo transitorio del artículo 19 afectaba el derecho al debido proceso y los principios orientadores del ejercicio de la función pública y que la reforma al control disciplinario de los empleados judiciales tenía como consecuencia que los procesos en curso no podían continuar ni tampoco podían iniciarse nuevos procesos hasta tanto se implementara el nuevo sistema.

La Corte Constitucional se declaró inhibida porque no encontró demostradas las afirmaciones del demandante; pero señaló:

"... la interpretación sistemática de la Constitución y de decisiones precedentes, indican que las competencias en materia disciplinaria respecto de los empleados judiciales continúan a cargo de las autoridades que las han ejercido hasta el momento y que dicha competencia se mantendrá hasta cuando la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial se encuentren debidamente conformadas. Estas últimas, con fundamento en los principios de legalidad, juez natural e igualdad solo ejercerán las nuevas competencias respecto de los hechos ocurridos con posterioridad a dicha entrada en funcionamiento. (...)

... para la Corte las actuaciones de los empleados judiciales ocurridas con anterioridad a la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y de las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial deberán ser examinadas por las autoridades que al momento de su ocurrencia sean las competentes. ...las garantías de legalidad y de juez natural adscritas al derecho al debido proceso (art. 29) y al derecho a la igualdad (art. 13) exigen que tal sea la interpretación del parágrafo transitorio del artículo 19. En efecto, dado que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial así como las Comisiones Seccionales son órganos de naturaleza judicial y quienes han tenido a cargo el control disciplinario de los empleados judiciales, hasta ahora, son órganos que actúan cumpliendo funciones administrativas -superiores jerárquicos y Procuraduría General de la Nación-, para la Corte debe preferirse aquella interpretación de la Carta que ofrezca suficiente certeza respecto del curso que deberán seguir todas las actuaciones disciplinarias, de una parte, y de las autoridades que se encontrarán a cargo de iniciarlas y terminarlas, de otra. Además, una conclusión contraria privaría a los empleados judiciales de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A juicio de este Tribunal resulta pertinente la aplicación de la regla de inmodificabilidad de la competencia que, para este caso, supone que los nuevos órganos solo serán competentes para ejercer la función disciplinaria respecto de los actos ocurridos con posterioridad a su entrada en funcionamiento. (Las negrillas son del original).

En este punto, la Corte Constitucional trajo a colación sus Autos 078 de 2015, 309 de 2015 y 084 de 2016, en los cuales analizó la atribución que le confirió el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015 para resolver los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones y concluyó:

"De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones.

Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela".<sup>207</sup> (Las negrillas son del original).

La posición de la Corte Constitucional expuesta en los autos mencionados, es recogida en la Sentencia C-373-16 que se analiza, para concluir que en relación con los asuntos disciplinarios:

"... el régimen preexistente al Acto Legislativo 02 de 2015 en lo relativo a las funciones a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura continuará hasta tanto puedan entrar en funcionamiento los nuevos cuerpos disciplinarios, en particular la Comisión Nacional de Disciplina Judicial". (Las negrillas son del original).

Al armonizar la *ratio decidendi* y las decisiones tomadas en las sentencias C-285-16 y 373-16, se puede concluir:

- (i) El artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 creó, dentro de la estructura de la Rama Judicial, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, encargada de la función disciplinaria sobre los empleados y funcionarios judiciales y sobre los abogados.
  - Dicho artículo fue incorporado al estatuto constitucional como artículo 257 A.
- (ii) El artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015 derogó tácitamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria; por razón de la derogatoria, la inexequibilidad de dicho artículo 15 solo revivió parcialmente el texto del artículo 254 original, lo que hizo necesario ajustar la estructura de la administración de la Rama Judicial, acorde con el propósito del constituyente, así: el Consejo Superior de la Judicatura ya no se integra por dos Salas sino por 6 magistrados y cumple las funciones de la Sala Administrativa y las de la Sala Plena del Consejo Superior original relativas a asuntos de administración de la Rama Judicial.
- (iii) La operatividad de las transformaciones institucionales requería de medidas transitorias, que fueron adoptadas en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015. Dichas medidas son constitucionales.
- (iv) En virtud de la transición, las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan a cargo de los magistrados que la integraban el 1º de julio de 2015, "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", lo cual debía ocurrir dentro del plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo, es decir, entre el 1º de julio de 2015 y el 1º de julio

de 2016. Lo dicho, sin perjuicio de que en la misma sentencia se mencione a la Sala como titular de las funciones

A estas conclusiones deben hacerse los siguientes comentarios adicionales:

- La sentencia C- 373-16, fue aprobada el 13 de julio de 2016, y anunciada en el Comunicado No. 29 de la misma fecha. Esto es, después de vencido el plazo de un año – 1º de julio de 2016 - previsto para la transición que dicha sentencia declaró exequible por los cargos analizados.
- La "convocatoria pública reglada" que el artículo 257 A de la Constitución Política consagró como mecanismo previo a la elección por el Congreso de la República de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, fue reglamentada por el Decreto 1189 del 19 de julio de 2016 y por el Acuerdo PSAA16-10548 del 27 de julio de 2016, es decir, con posterioridad a la sentencia de exequibilidad y, por consiguiente, también ya vencido el plazo en cuestión.

#### Sentencia C-112-17<sup>208</sup>

En la Sentencia C-112-17 se analizó otra demanda presentada contra el artículo 19 (parcial). La Corte Constitucional verificó la existencia de cosa juzgada respecto del artículo 19 del Acto Legislativo 1 de 2015, por el cargo de violación del principio de unidad de materia, y decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-373-16, en ese punto, y además se inhibió respecto del cargo de sustitución de la Constitución por ineptitud sustantiva de la demanda.

## 2. La norma de transición. Parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución

#### 2.1. Aspectos generales

Por regla general, las normas constitucionales y legales que modifican instituciones o regímenes de derechos, contienen mandatos temporales orientados a facilitar su desarrollo y aplicación.

Como se señaló atrás al analizar la sentencia C-363-16, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las disposiciones transitorias y su carácter instrumental.

Dados los motivos de la consulta planteada a la Sala, es pertinente referirse a otros pronunciamientos relativos a las normas transitorias, por vía de ejemplo:

<sup>208</sup> Sentencia C-112-17 (22 de febrero) Referencia: Expediente D-11533. Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 17, 19 (parcial) y 26 (parcial) del Acto Legislativo 02 de 2015 "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones".

La sentencia C-618-02<sup>209</sup>, resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 715 de 2001 que, en criterio del demandante, había sido presentada por fuera del plazo ordenado en el parágrafo transitorio del artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2001. La Corte hizo el siguiente análisis en esa ocasión:

"4.1. El parágrafo transitorio del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de julio 30 de 2001 señala que

"El Gobierno deberá presentar el proyecto de ley que regule la organización y funcionamiento del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo".

El sentido básico de la norma, como su tenor literal lo indica, consiste en imponer un deber "de hacer" al Gobierno, v.gr. el deber de presentar un proyecto de ley ante el Congreso de la República mediante el cual se establezcan las reglas para (i) la organización y (ii) el funcionamiento del Sistema General de Participaciones de las entidades territoriales. La parte final de la norma se ocupa de establecer un plazo para el cumplimiento de dicho deber: "a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo".

No se trata pues de una norma de competencia, como lo presupone el argumento de la demanda. No es una disposición que "autorice", "faculte" o "confiera potestad al Gobierno", durante un espacio de tiempo limitado (un mes, en este caso) para presentar un proyecto de ley. Por tanto, si transcurre el mes indicado por la norma y el Gobierno no ha presentado el proyecto, se está ante el incumplimiento de un deber, no ante la pérdida de una competencia. Es decir, el parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2001 fija el término del plazo que se ha conferido al Ejecutivo para presentar el proyecto de ley, de tal manera que si no lo cumple se pueda establecer, jurídica y políticamente, que ha incurrido en una omisión. Entender que el párrafo en cuestión fija una competencia que el Gobierno pierde al no ejercerla, implicaría una extraña consecuencia jurídica: el Gobierno nacional al incumplir con su deber de presentar el proyecto de ley encomendado por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2001 queda exonerado, liberado de su obligación, lo cual es contrario al texto y al espíritu de la norma citada.

4.2. El parágrafo transitorio del artículo segundo del Acto Legislativo de 2001 tampoco puede ser entendido como una limitación a la cláusula general de competencia para crear leyes, radicada por la Constitución Política en cabeza del Congreso. En modo alguno puede entenderse que la disposición transcrita prohíba al Congreso de la República tramitar un proyecto de ley presentado por el Gobierno nacional,

<sup>209</sup> Sentencia C-618-02 (agosto 8) - Referencia: expediente D-3985 / Demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 715 de 2001 "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", en su totalidad, y, en particular, contra los artículos 5.7; 5.18; 6.2.3; 6.2.6; 6.2.10; 6.2.11; 6.2.15; 7.3; 7.4; 7.15; 8.2; 10.7; 10.8; 10.10; 10.11; 15.1; 17; 21; 22; 24; 34; parágrafos 1 y 2 del artículo 40; 40.3; 111.2 y 113, parcial, de la misma Ley.

<sup>210 [</sup>Esta cita es de la sentencia C-618-01] Cosa diferente sería si la norma dijera: "Facúltese al Gobierno, durante un mes, para presentar un proyecto de ley mediante el cual (...)".

en cumplimiento de un deber constitucional, que el propio constituyente consideró necesario para desarrollar las reformas constitucionales que introducía. (...).

4.4. Concluye entonces la Corte que... La consecuencia del incumplimiento del plazo para presentar el proyecto de ley no es la inconstitucionalidad de la ley puesto que el artículo 150 de la Constitución confía al Congreso el poder de hacer las leyes, sin que los tipos de leyes mencionados en la Constitución represente una enumeración taxativa de las materias sobre las cuales puede el Congreso legislar. Igualmente, la competencia del Ejecutivo para presentar proyectos de ley (artículo 155, C.P.) no se agota una vez cumplido el plazo fijado por el parágrafo. Una interpretación armónica del parágrafo del Acto legislativo citado con las normas sobre iniciativa legislativa y competencias del Congreso conduce claramente a esta conclusión".

#### Sentencia No. C-544/92.211

La Corte señaló la jerarquía constitucional de las normas transitorias y su función:

"El hecho de que el artículo transitorio 59 de la Carta sea precisamente de vigencia temporal, no justifica que tal norma pueda ser confrontada con una disposición constitucional definitiva y, en caso de incompatibilidad, sea declarado "inexequible". (...) En realidad la razón de ser de un artículo transitorio es permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales. De hecho es frecuente que un artículo transitorio, por definición, prolongue temporalmente la vigencia de una norma del antiguo régimen (por ejemplo el art. transitorio 8°) o posponga el inicio de la vigencia de una norma novedosa (por ej. el art. transitorio 17), sin que a nadie se le ocurra pensar que, por tales fenómenos propias de una transición, dichas normas son inconstitucionales por violar las normas definitivas que establecían diferentes tiempos de vigencia. Luego no existe una diferencia entre las normas constitucionales permanentes y las transitorias que implique una subordinación de éstas frente a aquéllas<sup>212</sup>".

#### Sentencia C-066-99<sup>213</sup>

La Corte declaró inexequible el parágrafo del artículo 11 de la Ley 336 de 1996, según el cual, el Gobierno nacional tenía 6 meses a partir de la vigencia de la ley para reglamentar la habilitación de cada modo de transporte, porque:

"Con respecto al parágrafo de la norma acabada de mencionar, encuentra la Corte que es inexequible, en razón de la limitación de carácter temporal que en él se incluye al Gobierno nacional para el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues, se reitera ella corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad

<sup>211</sup> Constitución Política, Artículo 3 transitorio. "Mientras se instala, el 1 de diciembre de 1991 el nuevo congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República".

<sup>212</sup> Corte Constitucional, sentencia C-544 de 1992 (octubre 1º), Referencia: Expedientes No. D-017, D-051 y D-110. Norma acusada: artículos 380 y 59 transitorio de la Constitución y artículo 2º del Acto Constituyente No. 2 de 1991.

<sup>213</sup> Referencia: Expediente D-2117 (febrero 10) Normas acusadas: Artículos 3º, numerales 5º y 6º (parciales); 6º parágrafos 1º, 2º y 3º (parcial) de la ley 105 de 1993, y contra los artículos 11, 12, 59, 60, 86 (parciales) y, 89 (parcial) de la ley 336 de 1996, "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte".

administrativa conforme a lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, quien la conserva durante todo el tiempo de vigencia de la ley sobre la cual pueda recaer el reglamento para su cumplida ejecución, lo que significa que el legislador no puede someterla a ningún plazo, como lo hizo en el parágrafo que aquí se analiza".

Los precedentes sobre el tema permiten las siguientes conclusiones, cuando se trata de plazos para el ejercicio de competencias propias:

- (i) Los plazos, asignan deberes y no competencias y por lo tanto, su vencimiento comporta el incumplimiento del deber pero no la pérdida de competencia;
- (ii) Los plazos no pueden configurarse como limitantes de las competencias de la autoridad.
- (iii) Las normas de transición y las normas permanentes tienen la misma jerarquía.

## 2.2. El parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución

En su parte resolutiva, la sentencia C-363-16 declaró exequible el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, por los cargos analizados, que como se reseñó atrás estaban dirigidos contra el Parágrafo Transitorio de dicho artículo.

Por consiguiente, se trata de una norma vigente en el ordenamiento constitucional. A lo cual se agrega que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como el plazo en ella establecido no corresponde a la asignación de una competencia su vencimiento no tiene el efecto de inhibir los demás asuntos en ella tratados.

Para su análisis se transcribe de nuevo:

"Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad".

El parágrafo transitorio contempla varias medidas orientadas a preservar la continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales. Veamos.

## a) Respecto de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales:

El inciso cuarto del actual artículo 257 A de la Constitución establece:

"Podrá haber Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial integradas como señale la ley".

A su vez, de acuerdo con el artículo 18 del texto original del Acto Legislativo 2 de 2015, las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales se transformarían en las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial con la expedición de la ley estatutaria que debía presentar el Gobierno nacional antes del 1º de octubre de 2015.

El proyecto de ley no fue aprobado, y el artículo 18 en cita fue declarado inexequible en la sentencia C-285-16, con excepción de los literales f) y g) y el numeral 6:

- "f) Las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura y las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial continuarán ejerciendo sus funciones hasta que se expida la ley estatutaria.
- g) Se garantizarán, sin solución de continuidad, los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, mediante la incorporación, transformación o vinculación en cargos de las corporaciones judiciales o cualquier otro de igual o superior categoría, según lo defina la ley estatutaria. También se garantizan los derechos de carrera de los empleados del Consejo Superior de la Judicatura.
- 6. La autoridad nominadora para las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial será la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

Huelga señalar que tanto la iniciativa como el trámite de las leyes estatutarias son parte de las competencias del Gobierno nacional y del Congreso de la República, de manera que el vencimiento del plazo señalado en el artículo 18 de la reforma constitucional – como la inexequibilidad parcial del mismo artículo–, en nada inciden para que opere la transformación de las dependencias seccionales del órgano disciplinario de la Rama Judicial, cuando sea expedida la ley estatutaria sobre la materia.

Mientras tanto, el ejercicio de las funciones quedó a cargo de los magistrados y empleados de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, pues así reza el último párrafo del parágrafo transitorio:

"(...) Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad". (Subraya la Sala).

Como se trata de funcionarios y empleados de carrera, la garantía de sus derechos conlleva la permanencia en los cargos, salvo las causales legales de retiro –diferencia sustancial con el nivel nacional–.

## b) Con relación a los magistrados de la derogada Sala Jurisdiccional Disciplinaria

La norma de transición para el nivel nacional del órgano disciplinario, aunque no es explícita al respecto sin duda partió del reconocimiento del período fijo de los magistrados integrantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en virtud del cual, cada uno se retiraría al vencimiento de su respectivo período.

Como la reforma modificó los órganos de administración y de gobierno de la Rama Judicial y ordenó la expedición de una ley estatutaria que desarrollara las nuevas estructuras y funciones, en principio la Sala Jurisdiccional Disciplinaria dejaba de ser operante porque en un tiempo relativamente corto y mediante trámites ajenos a los demás asuntos de la reforma, entraría en ejercicio de sus funciones el nuevo órgano de disciplina judicial en el nivel nacional.

En ese escenario, garantizar la continuidad en el ejercicio de las funciones de la Sala por razón de su derogatoria tácita, supuso la adopción de varias medidas:

- (i) Fijó en un año, contado desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el plazo para que fueran elegidos los magistrados integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial;
- (ii) Con la posesión de sus integrantes, la Comisión asumiría los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria;
- (iii) Mientras tanto, los magistrados que al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015 integraban dicha Sala, continuarían ejerciendo sus funciones;
- (iv) Los mismos magistrados permanecerían en ejercicio de sus funciones "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión…".

Como norma de transición, esto es, como instrumento necesario para la puesta en marcha del nuevo modelo de disciplina judicial, la mayor permanencia en el ejercicio de funciones no puede entenderse como una ampliación o prórroga del período de 8 años, y tampoco torna el período fijo en un período indefinido.

La norma de transición asumió que el proceso de conformación de la Comisión para que pudiera iniciar sus actividades concluiría en un plazo algo mayor de un año, pues, como lo indica la consulta, elegidos dentro del lapso que concluía el 1º de julio de 2016, los magistrados dispondrían de los Términos legales para la posesión.

No obstante el plazo establecido, en el escenario de cambios tanto institucionales como de procesos para la conformación e inicio de actividades de las nuevas estructuras, no podía dejar de considerarse la posibilidad del vencimiento de los períodos personales de los magistrados que para entonces integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y el consiguiente efecto en la continuidad de la función disciplinar.

Es claro en los antecedentes del acto de reforma que la modificación del período de 8 años no fue un tema considerado. Las discusiones se centraron en concretar un mecanismo que eliminara o redujera el riesgo de interrupción de la mencionada función. Y finalmente se configuró como mecanismo de transición, que los entonces magistrados continuarían ejerciendo sus funciones hasta la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. La misma norma transitoria indicó que dicha posesión determinaba la asunción por la Comisión de los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Como puede observarse, para la transición el constituyente derivado consagró -además de un plazo- una condición: la posesión de los integrantes del nuevo órgano de disciplina judicial; de manera que vencido el plazo, como en efecto ocurrió, la permanencia de los magistrados tampoco deviene en indefinida ni puede entenderse como un nuevo período fijo, pues la causa de su desvinculación está prevista y sigue siendo la misma, a saber la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, solo que ya no es medible en términos de plazos concretos sino con referencia a un conjunto de acciones externas requeridas para el logro de la conformación del nuevo órgano disciplinario de la Rama Judicial.

## c) Sobre el plazo

El plazo del año para el proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial transcurrió entre el 1º de julio de 2015 y el 1º de julio de 2016, sin que el mandato constitucional se cumpliera y sin que dentro del mismo se hubiera adelantado actuación alguna para llevar a efecto la "convocatoria pública reglada" con base en la cual se integraran las ternas por enviar al Congreso de la República, conforme lo señala el inciso segundo del artículo 257 A constitucional.

Tomando como referencia los criterios expuestos en los precedentes de la jurisprudencia constitucional, el plazo aquí analizado se configura como la medida incluida en la normas de transición con el propósito de impulsar y lograr en el tiempo más próximo la adecuación del ordenamiento jurídico a las reformas institucionales, y no conlleva asignación de competencias como quiera que estas están incluidas en el contenido del artículo 257 A con vocación de permanencia.

En ese orden de ideas, el vencimiento del plazo señalado no incide en la existencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, tampoco modifica o suprime las reglas consagradas en el artículo 257 A constitucional sobre su integración, proceso de elección, período, requisitos, prohibición de reelección, funciones.

Esta afirmación se sustenta en que la reforma constitucional y las decisiones jurisprudenciales existentes a la fecha, dan cuenta de que la disciplina de los funcionarios y empleados judiciales es asunto de competencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y que esta es un órgano de la Rama Judicial en los términos del artículo 257 A de la Constitución Política vigente.

Así, la consecuencia jurídica de su existencia y vigencia es que debe ser integrada, de manera que asuma el conocimiento de las funciones para las cuales fue creada.

Por consiguiente, el vencimiento del plazo no es el elemento determinante en el análisis de la permanencia en sus cargos de los magistrados que integraban la sala jurisdiccional disciplinaria cuando entró a regir el acto legislativo y el mecanismo de transición del artículo 257 A.

## d) Acerca de la convocatoria pública reglada para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

La integración de la Comisión, en los términos del artículo 257 A constitucional, exige el procedimiento de la convocatoria pública reglada para la conformación de las ternas por el Presidente de la República y por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>214</sup>.

El artículo 257 A en cita, no indica la autoridad competente para expedir las reglas de la convocatoria pública.

En consecuencia, están dadas dos interpretaciones: el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno nacional asumieron que, en orden a ejercer la atribución que les confería el Acto Legislativo 2 de 2015 para elaborar las ternas y enviarlas al Congreso de la República, debían expedir las reglas de la convocatoria pública y así lo hicieron.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en los autos del 23 y el 24 de noviembre de 2016, accedió a la solicitud de suspensión provisional dentro de la demanda de nulidad instaurada contra los actos administrativos expedidos por las mencionadas autoridades, con fundamento en el nuevo texto del artículo 126 de la Constitución, modificado también por el Acto Legislativo 2 de 2015, artículo 2º, inciso sexto:

"Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección".

Ambas interpretaciones implican la asignación de competencias por la norma permanente, y no a través del mecanismo de transición; por consiguiente, desde este punto de vista, el vencimiento del plazo no afecta dichas competencias.

<sup>214</sup> Consejo Superior de la Judicatura es el definido e integrado en el artículo 254 de la Constitución Política, de acuerdo con la sentencia C-285-16.

## Consideraciones especiales sobre la derogatoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la vigencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y la transición.

La derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la consecuente necesidad de establecer las condiciones de tiempo y modo para que otras autoridades asumieran sus funciones, requerían de un mecanismo de transición. En la práctica, más que la permanencia de los magistrados, la transición es la continuidad de la Sala en cuestión. Veamos por qué.

## 4.1. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria

En la Constitución de 1991, los artículos 256 y 257 asignaban al Consejo Superior de la Judicatura las atribuciones y funciones que debía cumplir con sujeción a la ley; en particular, el numeral 3 del artículo 256 disponía:

"Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley".

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, relacionó en el artículo 79215 las funciones que debían ser cumplidas por el "Consejo en Pleno", esto es, "las dos Salas [reunidas] en un solo cuerpo".

En el artículo 111<sup>216</sup> fijó el alcance del ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria y en el artículo 112 asignó las funciones a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria:

"Artículo 112. Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

<sup>215</sup> Ley 270 de 1996: "Artículo 79. Del Consejo en pleno. Las dos Salas del Consejo Superior de la Judicatura, se reunirán en un solo cuerpo para el cumplimiento de las siguientes funciones: 1. Adoptar el informe anual que será presentado al Congreso de la República sobre el estado de la Administración de Justicia. / 2. Adoptar, previo concepto de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, el Plan de Desarrollo de la Rama Judicial y presentarlo al Gobierno Nacional para su incorporación en el Plan Nacional de Desarrollo; / 3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de Justicia; / 4. Adoptar y proponer proyectos de ley relativos a la administración de Justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales; / 5. Elegir al Presidente del Consejo, quien tendrá la representación institucional de la Corporación frente a las demás ramas y autoridades del Poder Público, así como frente a los particulares. Así mismo elegir al Vicepresidente de la Corporación; / 6. Promover y contribuir a la buena imagen de la Rama Judicial, en todos sus órdenes, frente a la comunidad; y, / 7. Dictar el reglamento interno del Consejo".

<sup>216</sup> Ley 270/96: "Artículo 111. Alcance. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regimenes disciplinarios, se adelanten contra los funcionarios de la Rama Judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política, los abogados y aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Dicha función a ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus Salas Disciplinarias. / Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contencioso-administrativa. / Toda decisión disciplinaria de mérito, contra la cual no proceda ningún recurso, adquiere la fuerza de cosa juzgada".

- 1. Resolver los impedimentos y recusaciones que se presenten con ocasión de las actuaciones de los miembros de la Corporación.
- 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.
- 3. Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vice fiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales.
- 4. Conocer de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura.
- 5. Designar a los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura, de las listas de aspirantes que hayan aprobado el concurso previamente convocado por la Dirección de Administración Judicial; y,
- 6. Designar a los empleados de la Sala".<sup>217</sup>

Adicionalmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria también era una de las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, en los términos de los numerales 1 a 4 del artículo 131 de la Ley 270 en cita:

- "Artículo 131. Autoridades nominadoras de la Rama Judicial. Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:
- 1. Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno.
- 2. Para los cargos adscritos a las presidencias y vicepresidencias: La respectiva Corporación o Sala.
- 3. Para los cargos de las Salas: La respectiva Sala.
- 4. Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado.

(...)".

<sup>217</sup> El artículo 112 tiene dos parágrafos: "Parágrafo 1o. Las sentencias u otras providencias que pongan fin de manera definitiva a los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales de la Judicatura y no fueren apeladas, serán consultadas cuando fueren desfavorables a los procesados", "Parágrafo 2o. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación en materia disciplinaria, están sujetos al régimen previsto por los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política, para lo cual el Congreso de la República adelantará el proceso disciplinario por conducto de la Comisión Legal de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión Instructora del Senado de la República".

De manera que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ejercía, en síntesis, tres funciones: (i) la disciplinaria respecto de los funcionarios de la Rama Judicial y de los abogados; (ii) la nominadora, en relación con la presidencia, la vicepresidencia y los cargos de la Sala; y (iii) la definición de los conflictos de competencia entre jurisdicciones.

#### 4.2. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Se crea en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, actual artículo 257 A de la Constitución, para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y la conducta y las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión.

En la Constitución vigente, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es uno de los órganos que integran la Rama Judicial. Para asumir la función disciplinaria que le fue asignada, requiere de la posesión de sus integrantes, quienes deben ser designados con la concurrencia del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de la República y el Congreso de la República, previa una convocatoria pública.

Las razones por las cuales aún no inicia sus actividades se dejaron explicadas.

Como integrante de la Rama Judicial, y salvo las reformas que puedan adoptarse en la nueva ley estatutaria requerida para armonizar las disposiciones de la Ley 270 con las normas vigentes del Acto Legislativo 2 de 2015, en principio tendrá la función nominadora en términos iguales o similares a los relacionados en los numerales 1 a 4 del artículo 131 de la citada Ley 270.

De acuerdo con el parágrafo del artículo 257 A, la Comisión Nacional y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial no tienen competencia para conocer de acciones de tutela.

La Comisión Nacional tampoco ejercerá la función de dirimir conflictos de competencia entre jurisdicciones, como quiera que esa función le fuera trasladada a la Corte Constitucional en el artículo 14 del reiteradamente mencionado Acto Legislativo 2 de 2015.<sup>218</sup>

# 4.3. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria. El cumplimiento de funciones de modo interino, y su "virtualidad".

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial se encuentra, pues, consagrada en el artículo 257 A de la Constitución, en tanto que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria desapareció del ordenamiento constitucional.

La transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se estructuró específicamente en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución, en los siguientes términos:

<sup>218</sup> Acto Legislativo 2/15, Artículo 14. "Agréguese un numeral 12 y modifíquese el 11 del artículo 241 de la Constitución Política los cuales quedarán así: ... 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. (...)".

"... Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

Este parágrafo debe ser interpretado siguiendo un punto de vista orgánico, tal como lo hizo la Corte Constitucional, en el Auto 278 de 2015, citado en los antecedentes de la consulta: "la Sala Jurisdiccional Disciplinaria... se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no solo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela". La afirmación anterior se reitera en las decisiones de constitucionalidad, en particular en la Sentencia C-373-16.

Así, la función disciplinaria en relación con los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y con la conducta y las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión, de rango constitucional, fue garantizada en su continuidad por el constituyente derivado. Esta continuidad debe por ende ser garantizada por la hermenéutica sistemática de las disposiciones del Acto legislativo 2 de 2015, por manera que debe entenderse que los magistrados ejercerán las funciones disciplinar, nominadora y de solución de conflictos entre las jurisdicciones, como un órgano llamado a cesar en sus funciones "el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

La "existencia" del órgano encargado de la función tantas veces aludida puede ser vista como que responde al "concepto tomístico de virtualidad", a saber "lo que tiene la capacidad de funcionar como algo aunque realmente –o 'actualmente' dirían Santo Tomás o Aristóteles- no lo sea, algo que sin ser real (sin ser un órgano constitucional actual, nota de la Sala) produce el mismo efecto que si lo fuera".<sup>219</sup>

La existencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria debe entenderse como funcional para las ya dichas funciones disciplinar, nominadora, y de solución de conflictos entre las jurisdicciones, aunque "realmente" o "actualmente" no sea el órgano constitucional consagrado para tales efectos por el constituyente derivado.

Para la Sala, el correcto acatamiento a la voluntad del constituyente derivado implica considerar como esencial –para efectos hermenéuticos y operacionales, y para el ejercicio de las competencias de los distintos poderes públicos–, garantizar el mejor cumplimiento de la función disciplinar sub examine. En ese sentido, llama la atención sobre la imperiosa necesidad de proveer a efectos de impedir que la prolongación de la actual situación de interinidad e indefinición de por resultado la afectación de la mencionada función.

De otra parte, el periodo de ocho años para el cual fue elegido cada uno de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015 era de origen constitucional, pues así estaba dispuesto en el artículo 254 original de la Constitución de 1991.

<sup>219</sup> Biosca i Bas Antoni, Mil años de virtualidad: origen y evolución de un concepto contemporáneo. Universitat d Alacant, Eikasia. Revista de Filosofía, año V, 28 (septiembre de 2009)

En virtud de la inexequibilidad del artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015 que había sustituido el contenido del artículo 254 original, y de la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el nuevo artículo 254 constitucional se refiere al Consejo Superior de la Judicatura vigente, a su integración y al período de 8 años de sus integrantes.

La ausencia de norma constitucional respecto del período de quienes permanecen en ejercicio de las funciones de la derogada Sala Jurisdiccional Disciplinaria simplemente reafirma su transitoriedad, fundamentada en la igual jerarquía que, conforme al precedente de la jurisprudencia constitucional, tienen las normas permanentes y las normas transitorias.

#### III. Conclusiones y recomendaciones

- 1. El numeral 2 del artículo 254 de la Constitución de 1991 que contemplaba la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fue derogado por el artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015, en armonía con el artículo 19 del mismo Acto. Tal derogatoria operó en los precisos términos de la sentencia C-285-16. No obstante, como consecuencia de la transición establecida en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución, que mantuvo sujeta a plazo y condición las competencias de la sala y de los magistrados que la integraban, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúa virtualmente en ejercicio de las funciones que le eran propias, hasta tanto tomen posesión los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.
- 2. Mientras se resuelven las situaciones que actualmente inciden en la actividad de las autoridades mencionadas y, por consiguiente, en la elección y posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los magistrados de la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan en ejercicio de las funciones que eran de la Sala por un tiempo que excede el del período constitucional de ocho años para el cual cada uno había sido elegido, sin que la extensión de su permanencia pueda interpretarse o tenga el alcance de modificar el mencionado período de 8 años<sup>220</sup> como tampoco trocar en indefinido un cargo de período fijo.
- 4. La permanencia de los magistrados está clara y expresamente sujeta a la posesión de quienes integren el nuevo órgano disciplinar.

En este punto, sin embargo, la Sala encuentra pertinente señalar que, dada su calidad de funcionarios de la Rama Judicial, les son aplicables las disposiciones de la Ley 270 de 1996 en cuanto a las causales de retiro del servicio - excepción hecha del vencimiento del período- que pueden tener ocurrencia antes de que sean resueltas las dificultades que en la actualidad impiden la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> Para la época de la elección el período estaba establecido en el artículo 254 de la Constitución de 1991. Ahora está solo en la Ley 270 de 1996, como se indicó atrás.

<sup>221</sup> Ley 270/96, artículo 149. "Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: 1. Renuncia aceptada. / 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo. / 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente. / 4. Retiro forzoso motivado por edad. / 5. Vencimiento del período para el cual fue elegido. / 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación. / 7. Abandono del cargo. / 8. Revocatoria del nombramiento. / 9. Declaración de insubsistencia. / 10. Destitución. / 11. Muerte del funcionario o empleado.

Con base en las consideraciones expuestas,

#### IV. La Sala responde

1. ¿Hasta cuándo pueden ejercer sus funciones los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?

Con base en el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política, quienes desempeñen el cargo de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con posterioridad al 1º de julio de 2015, pueden ejercer sus funciones "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", sin perjuicio de las causales de retiro del servicio establecidas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

- 2. Si ya culminó su período de 8 años, ¿pueden los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuar ejerciendo el cargo?
  - Sí. De conformidad con la respuesta a la pregunta anterior, que tiene fundamento en lo determinado por el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política.
- 3. Vencido el plazo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, establecido en el parágrafo transitorio del artículo 257, ¿los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pueden y deben continuar ejerciendo sus funciones? En caso de que se conceptúe en el sentido de que el período de los actuales magistrados culminó y por ende no pueden continuar ejerciendo sus funciones, ¿cuándo se debe declarar y proveer la vacante definitiva?

Los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1º de julio de 2015 tienen, en principio, el deber de continuar en ejercicio de sus cargos, en virtud del mandato del parágrafo transitorio del artículo 257 A constitucional.

La segunda hipótesis de la pregunta, no aplica.

4. ¿Quién es la autoridad competente para declarar y proveer las vacantes temporales y definitivas que se presenten por parte de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley 270 de 1996, las vacantes temporales pueden ser provistas por la misma Sala.

Las vacantes definitivas deben ser provistas por el nominador. Sin embargo en el caso consultado debe tenerse presente que, en la medida en que se trata de cargos que perdieron su vocación de permanencia pues están llamados a desaparecer con la posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cualquier vacante que pueda presentarse se asimila a una vacante temporal.

5. ¿Debe el Presidente de la República proceder a conformar nuevas ternas para elegir nuevos magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en caso de que se conceptúe en sentido de que el período de los actuales culminó y por tanto deben abandonar sus cargos?

Vistas las respuestas ofrecidas, debe tenerse como negada la hipótesis en la que se basa esta pregunta.

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

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

## 3. Competencia para hacer seguimiento y control de las sanciones impuestas a los jueces de paz. Radicado 2342

#### Radicado 2336

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante auto del 15 de junio de 2018

El Ministro de Justicia y del Derecho consulta sobre la autoridad competente para realizar el seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración.

#### I. Antecedentes

Dice el Ministro de Justicia y del Derecho que existen situaciones en que por incurrir en violaciones al régimen de prohibiciones, se han dictado sentencias en materia disciplinaria contra jueces de paz de la ciudad de Bogotá, D. C., a quienes se les han impuesto tres (3) meses de suspensión.

Sin embargo, no existe claridad sobre la entidad que debe informar si efectivamente se han hecho efectivas tales sanciones, y sobre las fechas en que se han ejecutado las medidas.

Explica el Ministro que en virtud del artículo 220 de la Ley 734 de 2002 podría considerarse que corresponde a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación efectuar el control y registro de las sanciones disciplinarias que se impongan a los jueces paz.

No obstante anota que el artículo 19 de la Ley 1285 de 2009 estableció que el Consejo Superior de la Judicatura debe realizar un control de gestión de quienes hacen parte de la Rama Judicial o ejercen funciones jurisdiccionales, incluidos los jueces de paz y reconsideración.

Acota que la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio a su cargo es del parecer de que según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 497 de 1999, el artículo 15 del Decreto 466 de 2014 y el artículo 220 de la Ley 734 de 2012, es a la Secretaria de Gobierno de Bogotá o a las autoridades municipales a quienes les compete efectuar el seguimiento a que se ha hecho referencia.

Así las cosas, formula la siguiente pregunta:

"¿A qué entidad le corresponde ejercer la facultad concerniente al seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los Jueces de Paz y Reconsideración por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura?"

#### PARA RESPONDER LA SALA CONSIDERA

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) los jueces de paz y reconsideración, ii) los jueces de paz como sujetos disciplinables, iii) el seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración no corresponde a la Secretaría de Gobierno de Bogotá o a las autoridades municipales y iv) competencia para efectuar el seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración.

### A. Los jueces de paz y reconsideración

Dice el artículo 247 de la Constitución Política que "[l]a ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular".

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2004 señaló:

"(...) la introducción de esta figura al ordenamiento –junto con la de otras formas alternativas de resolución de conflictos– obedeció no sólo al imperativo de descongestionar la Rama Judicial para atender con más eficacia las necesidades ciudadanas de Administración de Justicia, sino también a un replanteamiento fundamental de la relación existente entre el Estado -en particular, aunque no exclusivamente, la Administración de Justicia- y la sociedad: tanto desde la perspectiva genérica de la consagración del Estado Social de Derecho en tanto fórmula política fundamental, como desde el punto de vista específico de la introducción de una serie de mecanismos alternativos a la justicia formal para la resolución de los conflictos sociales, fue deseo del constituyente consolidar un modelo nuevo de interacción entre la ciudadanía y el poder público, que –entre otras– fomentara un acercamiento progresivo de los mecanismos formales de promoción de la convivencia a las realidades sociales en las que habrían de operar".

Por su parte, la Sección Segunda de esta Corporación en reciente pronunciamiento ha enumerado las características de esta figura, así: i) cercanía a la comunidad cuyos conflictos cotidianos habrá de resolver el juez de paz, ii) competencia para resolver conflictos menores de manera ágil e informal es decir, sin ritualismos o fórmulas procesales, iii) respetabilidad del juez dentro del medio social en el cual habrá de desempeñar su función, iv) adopción de fallos en equidad, v) coercibilidad de sus decisiones y vi) elección por parte de la comunidad.

Dicha Sección concluye que "los jueces de paz fueron previstos como un medio para que el ciudadano participe, en virtud de sus calidades personales y su reconocimiento comunitario, en la función pública de administrar justicia, jugando así un rol complementario al que asignó la Carta a las demás autoridades y particulares que participan de dicho cometido estatal (...)"<sup>222</sup>

<sup>222</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente 2007-0159

La Ley 497 de 1999 "[p]or la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento" prevé en su artículo 1 que a "iniciativa del Alcalde o del Personero o de la mayoría de miembros del Concejo Municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el Concejo Municipal a través de acuerdo convocará a elecciones y determinará para el efecto las circunscripciones electorales, que sean necesarias para la elección de juez de paz y de reconsideración".

El artículo 14 establece que los jueces de paz y los jueces de reconsideración son particulares que administran justicia en equidad, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

Los artículos 15, 16 y 17 regulan sus inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades.

Adicionalmente, el artículo 34 reza:

"Artículo 34. Control disciplinario. En todo momento el juez de paz y los jueces de paz de reconsideración podrán ser removidos de su cargo por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, cuando se compruebe que en el ejercicio de sus funciones ha atentado contra las garantías y derechos fundamentales u observado una conducta censurable que afecte la dignidad del cargo".

De la normativa y jurisprudencia antes mencionadas se desprende entonces que los jueces de paz y reconsideración son particulares investidos por la Constitución y la ley de funciones jurisdiccionales en equidad y que son sujetos disciplinables.

#### B. Los jueces de paz como sujetos disciplinables

En diferentes fallos la jurisdicción disciplinaria223 ha sostenido que su competencia para adelantar actuaciones disciplinarias contra jueces de paz y reconsideración se encuentra prevista en el artículo 34 de la Ley 497 de 1997 antes transcrito, y en la cláusula general de competencia de la jurisdicción disciplinaria de que trata el artículo 193 de la Ley 734 de 2002, que dice:

"Artículo 193. Alcance de la función jurisdiccional disciplinaria. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, se tramitan y resuelven los procesos que, por infracción al régimen disciplinario contenido en el presente estatuto, se adelanten contra quienes ejerzan funciones jurisdiccionales de manera permanente, transitoria u ocasional, excepto quienes tengan fuero especial".

Adicionalmente, el artículo 216 de Ley 734 expresa:

<sup>223</sup> Ver: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Rad. 20080014 y sentencia del 24 de mayo de 2017. Rad 201300333.

"Artículo 216. Competencia. Corresponde exclusivamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura juzgar disciplinariamente, en primera instancia, a los Jueces de Paz".

En este punto se encuentra que la jurisprudencia constitucional ha considerado que los jueces de paz al momento de dirimir con autoridad los conflictos de su competencia son realmente agentes del Estado que están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y, por tanto también son susceptibles de cometer conductas reprochables.<sup>224</sup>

En suma, los jueces de paz y reconsideración como titulares de precisas funciones judiciales en el evento de incurrir en faltas previstas por el ordenamiento jurídico como disciplinarias, están sometidos a las sanciones que de acuerdo con sus competencias pueden imponer las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura.

## C. El seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración no corresponde a la Secretaría de Gobierno de Bogotá o a las autoridades municipales

En la consulta, el señor Ministro de Justicia y el Derecho aduce que la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio considera que según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 497 de 1999, el artículo 15 del Decreto 466 de 2014 y el artículo 220 de la Ley 734 de 2012, es a la Secretaria de Gobierno de Bogotá o a las autoridades municipales a quienes les compete efectuar el seguimiento y control de las sanciones a los jueces de paz.

Pues bien, el artículo 11 de la Ley 497 de 1999 "[p]or la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento" reza:

"Artículo 11. Elección. Por iniciativa del Alcalde o del Personero o de la mayoría de miembros del Concejo Municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el Concejo Municipal a través de acuerdo convocará a elecciones y determinará para el efecto las circunscripciones electorales, que sean necesarias para la elección de juez de paz y de reconsideración.

Los jueces de paz y de reconsideración serán elegidos mediante votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicadas en la circunscripción electoral.

Los candidatos serán postulados, ante el respectivo Personero Municipal, por organizaciones comunitarias con personería jurídica o grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral que haya señalado el Concejo Municipal.

Para la elección de jueces de paz y de reconsideración la votación se realizará conforme a la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral.

<sup>224</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

Para los efectos del artículo 32 de la presente ley, se elegirán en la misma fecha dos jueces de paz de reconsideración de candidatos postulados específicamente para ese cargo. En caso de no cumplirse con estos requisitos se aplicará lo dispuesto en el artículo 32 de la presente ley, para el trámite de reconsideración de la decisión.

Parágrafo. Las fechas previstas para, la elección de los jueces de paz y de reconsideración solamente podrán coincidir con la elección de juntas de acción comunal o Consejos comunales.

La primera elección de jueces de paz se realizará después del primer año de sancionada esta ley".

El artículo 220 de la Ley 734 de 2002 "[p]or la cual se expide el Código Disciplinario Único" a la letra dispone:

"Artículo 220. Comunicaciones. Ejecutoriada la sentencia sancionatoria, se comunicará por la Sala de primera o única instancia, según el caso, a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y al nominador del funcionario sancionado".

El artículo 15 del Decreto Distrital 466 de 2014 "[p]or el cual se reglamenta la elección de los Jueces de Paz y de Reconsideración en Bogotá Distrito Capital" establece:

"Artículo 15. Posesión. Asígnase a la Secretaría Distrital de Gobierno la función de toma de posesión del cargo de los Jueces de paz y de Reconsideración, en cumplimiento al artículo 12 de la Ley 497 de 1999.

Para dar cumplimiento a lo señalado en el parágrafo del artículo 13 de la Ley 497 de 1999, la Secretaría Distrital de Gobierno remitirá al Concejo de Bogotá, el listado de los Jueces de Paz y de Reconsideración que tomaron posesión del cargo".

En opinión de la Sala, a diferencia del parecer de la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho, ninguna de las normas transcritas permiten aseverar que es a la Secretaria de Gobierno de Bogotá o a las autoridades municipales a quienes les compete efectuar el seguimiento y control de las sanciones a los jueces de paz, pues tal normativa se ocupa exclusivamente de regular el papel de las autoridades locales en el proceso de postulación, elección y posesión de los jueces. También se refiere a la comunicación de las sanciones a la Procuraduría, a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y al nominador del funcionario sancionado.

# D. Competencia para efectuar el seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración

Como se explicó en el literal B de este concepto, los jueces de paz y reconsideración como titulares de precisas funciones judiciales, en el evento de incurrir en faltas discipli-

narias pueden ser sancionados por las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura.

Por tal razón, es menester remitirse al Título XII de la Ley 734 que se ocupa "del régimen de los funcionarios de la Rama Judicial".

Así las cosas, el "Capítulo Duodécimo" sobre "ejecución y registro de las sanciones" prevé:

"Artículo 220. Comunicaciones. Ejecutoriada la sentencia sancionatoria, se comunicará por la Sala de primera o única instancia, según el caso, a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y al nominador del funcionario sancionado.

Artículo 221. Ejecución de las sanciones. Las sanciones a los funcionarios judiciales se ejecutarán en la forma prevista en este Código. Las multas serán impuestas a favor del Consejo Superior de la Judicatura. Igual destino tendrán las sanciones impuestas por quejas temerarias a que refiere esta normatividad".

En virtud de la remisión a las normas que regulan la ejecución de sanciones en el Código Disciplinario Único, es preciso detenerse entonces en sus artículos 172 y 174 que dicen:

"Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

- El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.
- 2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.
- El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.
- Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.
- 5. El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales.
- 6. Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.
- 7. La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación.

"Artículo 174. Registro de sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1º del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro".

Quiere decir lo anterior que las sanciones disciplinarias impuestas a los jueces de paz y reconsideración deben ser i) comunicadas por la Sala de primera o única instancia, según el caso, a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, ii) registradas por el ente de control, y iii) ejecutadas por la Procuraduría en razón de que tales jueces son particulares que ejercen función pública.

No obstante y por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene una función independiente a la de la Procuraduría, en procura de contar con información completa y oportuna sobre la gestión judicial y el talento humano a ella vinculado, así se trate de particulares. En tal razón, entiende esta Sala, la Ley 734 en su artículo 220 también ordena que le sea comunicada la sentencia sancionatoria una vez ejecutoriada.

De manera armónica tal función consiste en la implementación de sistemas de información, como expresamente lo prevé el artículo 106 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, modificado por el artículo 19 de la Ley 1285 de 2009, que a la letra dispone:

"Artículo 106. Sistemas de información. Con sujeción a las normas legales que sean aplicables, el Consejo Superior de la Judicatura debe diseñar, desarrollar, poner y mantener en funcionamiento unos adecuados sistemas de información que, incluyan entre otros, los relativos a la información financiera, recursos humanos, costos, información presupuestaria, gestión judicial y acceso de los servidores de la rama, en forma completa y oportuna, al conocimiento de las fuentes formales del derecho, tanto nacionales como internacionales

En todo caso, tendrá a su cargo un Sistema de Información y estadística que incluya la gestión de quienes hacen parte de una Rama Judicial o ejercen funciones jurisdiccionales y permita la individualización de los procesos desde su iniciación hasta su terminación, incluyendo la verificación de los términos procesales y la efectiva solución, de tal forma que permita realizar un adecuado diagnóstico de la prestación de justicia.

Todos los organismos que hacen parte de la Rama Judicial y aquellos que funcionalmente administran justicia en desarrollo del artículo 116 de la Carta Política, tienen el deber de suministrar la información necesaria para mantener actualizados los datos incorporados al sistema, de acuerdo con los formatos que para el efecto establezca el Consejo Superior de la Judicatura".

Lo anterior se traduce en que, si bien es cierto corresponde a la Procuraduría ejecutar las sentencias disciplinarias contra los jueces de paz, también le compete a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura como "encargada de los aspectos administrativos de la justicia"<sup>225</sup> efectuar el seguimiento y control de las mencionadas decisiones, a fin de contar con información completa y oportuna sobre la gestión judicial y el talento humano a ella vinculado, así se trate de particulares, pues están investidos por la Constitución y la ley de funciones jurisdiccionales en equidad.

## III. La Sala responde:

1. ¿A qué entidad le corresponde ejercer la facultad concerniente al seguimiento y control de las sanciones disciplinarias impuestas a los Jueces de Paz y Reconsideración por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura?

El seguimiento y el control de las sanciones disciplinarias que se impongan a los jueces de paz y reconsideración corresponden a la Procuraduría General de la Nación y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La Procuraduría, como responsable de la ejecución de las sanciones, debe verificar lo pertinente para llevar su registro. La Sala Administrativa, por su parte, deberá efectuar

<sup>225</sup> Sobre el sistema de información de la Rama Judicial ver: Corte Constitucional Sentencia C-713 de 2008

las constataciones de rigor para que el sistema de información de la Rama Judicial sea preciso y oportuno.

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

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

4. Los particulares en ejercicio de funciones públicas. Sus responsabilidades. Su intervención en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería

#### Radicado 2340

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante auto del 19 de junio de 2018

El señor Ministro de Salud y Protección Social consulta a esta Sala sobre la legitimación en la causa por pasiva y la intervención de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando se discute la legalidad de los actos administrados proferidos por los mencionados tribunales en ejercicio de la función pública que la ley les asignó.

### I. Antecedentes

El señor Ministro consultante manifiesta preocupación por la falta de claridad acerca de si el Ministerio de Salud y Protección Social está obligado, o no, a asumir la defensa judicial de los actos administrativos emanados de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, que, en efecto, no son actos proferidos por dicho ministerio.

Como antecedentes normativos, jurisprudenciales y fácticos que motivan la solicitud de concepto, relaciona los siguientes:

### 1. Antecedentes normativos

- a) La Ley 23 de 1981226. Creó el Tribunal Nacional de Ética Médica "con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia" (artículo 63); dispuso que en cada departamento intendencia y comisaría-, se constituyera un tribunal seccional ético-profesional (artículo 67); señaló que aunque los tribunales de ética "cumplen una función pública", sus integrantes "no adquieren el carácter de funcionarios públicos" (artículo 73); fijó en el Tribunal Nacional la competencia para imponer la sanción de suspensión hasta por cinco años y estableció el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud (artículo 89); ordenó al mismo ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los Tribunales y del personal auxiliar oída la Federación Médica Colombiana, y al Gobierno nacional apropiar en cada vigencia los recursos necesarios para el cumplimiento de la ley (artículos 91 y 92).
- b) El Decreto 3380 de 1981227, reglamentario de la Ley 23 de 1981. De su contenido, la consulta destaca: (i) la competencia del Tribunal Nacional para asignar el conocimiento de los procesos cuando sea imposible el funcionamiento de un tribunal

<sup>226</sup> Ley 23 de 1981 (febrero 18) "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica".

<sup>227</sup> Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30) "por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981". Compilado en el Decreto 780 de 2016 – Único reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

seccional (artículo 2.7.2.2.1.2.4.) y (ii) la disponibilidad presupuestal de las entidades territoriales como condición para la creación de los tribunales seccionales (artículo 2.2.2.2.1.2.5.).

- c) La Ley 35 de 1989228. Creó el Tribunal Nacional de Ética Odontológica, "con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia" (artículo 59); dispuso que en cada departamento –intendencia y comisaría–, se constituyera un tribunal seccional de ética odontológica (artículo 63); señaló que dichos tribunales "cumplen una función pública" pero sus integrantes "no adquieren el carácter de funcionarios públicos" (artículo 69); estableció que la sanción de suspensión hasta por cinco años solo la impone el Tribunal Nacional y que admite recurso de apelación ante el Ministerio de Salud (artículo 85); ordenó al mismo ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los Tribunales y del personal auxiliar oída la Federación Odontológica Colombiana, y al Gobierno nacional apropiar en cada vigencia los recursos necesarios para el cumplimiento de la ley (artículos 87 y 88).
- d) La Ley 715 de 2001<sup>229</sup>. Distribuyó las competencias y los recursos entre la Nación y las entidades territoriales, para la prestación de algunos servicios públicos. En materia de salud asignó:
- A la Nación: la competencia de dirigir el Sector Salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y entre sus funciones incluyó la de:

"Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería". (Artículo 42, numeral 42.18)<sup>230</sup>.

 A los departamentos: las competencias de dirección, coordinación y vigilancia del Sector Salud y del Sistema General en Salud, dentro de su territorio, con la función, entre otras, de:

"Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos". (Artículo 43, numeral 43.1.8)<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> Ley 35 de 1989 (marzo 8), "Sobre ética del odontólogo colombiano".

<sup>229</sup> Ley 715 de 2001 (diciembre 21), "Por la cual se dictan normas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

<sup>230</sup> Texto original de la Ley 715 de 2001: Artículo 42 (...) "42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica". Modificado por la Ley 1446 de 2011 (mayo 26), "Por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18. y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001": Artículo 1º. "El artículo 42.18 de la Ley 715 de 2001 quedará así: Artículo 42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería".

<sup>231</sup> El texto original del artículo 43, numeral 43.18, que se refería los tribunales seccionales de ética médica y odontológica fue modificado por el artículo 2º de la Ley 1446 de 2011: "Artículo 2º. "El artículo 43.1.8 de la Ley 715 de 2001 quedará así: Artículo 43.1.8. Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos."

## 2. Antecedentes jurisprudenciales

Con relación a la naturaleza y las funciones de los Tribunales Nacional y Seccional de Ética Médica, la consulta cita:

- a) La Sentencia C- 620-08 de la Corte Constitucional en la cual se señala que los artículos 26,123 y 210 de la Carta son los fundamentos constitucionales para la creación de los tribunales de ética médica con asignación de funciones públicas. En criterio de la Corte, se trata de instituciones de origen privado a las que el legislador puede conferir la función de adelantar procesos ético-profesionales contra quienes incurran en las conductas tipificadas como faltas por la Ley 23 de 1981, en ejercicio de la medicina.
  - La Sentencia C-620 también precisa que los mencionados tribunales no ejercen actividad judicial y es reiterativa en afirmar que la función asignada a los tribunales de ética médica es administrativa, de carácter disciplinario, y debe cumplirse con sujeción al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional.
- b) El Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 21 de octubre de 2010<sup>232</sup>, del cual la consulta transcribe los siguientes apartes:
  - "... forzosamente debe concluirse que la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica corresponde a quien represente a la Nación dado que ellos se integran de manera sui generis o atípica a esta persona jurídica. En el caso concreto le corresponde asumirla al Ministerio de la Protección Social conforme al artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.
  - ... en ejercicio de facultades extraordinarias de la Ley 790 de 2002, "se expidió el Decreto 205 de 2003 para definir el objeto del Ministerio de la Protección Social, su estructura y las funciones de cada cargo. En dicha codificación quedó establecido en el numeral 3 del artículo 8 que la representación judicial de este nuevo Ministerio le corresponde al Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el Ministerio de la Protección Social a través de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo, deberá concurrir en los casos en que se discuta la actividad de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

 $(\ldots)$ 

En síntesis, el referido Ministerio, además de tener a su cargo la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, debe disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a estos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el

<sup>232</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2010-00077-00 (2016)

Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.

(...)".

# 3. La "situación fáctica" que da lugar a la consulta

a) El 6 de mayo de 2010, Salud Total S.A. EPS. –en adelante la EPS–, con base en el parágrafo del artículo 10 y los artículos 15, 40 y 44 de la Ley 23 de 1981, presentó queja contra un médico neurólogo por la emisión de un diagnóstico presuntamente erróneo.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en decisión interlocutoria del 22 de febrero de 2012, archivó el proceso porque no encontró mérito para elevar cargos al neurólogo.

La EPS apeló esa decisión pero el Tribunal Seccional no se pronunció.

El 26 de marzo de 2012 la EPS solicitó información y el Tribunal Seccional le contestó que sus peticiones y recursos no se tramitaban porque la EPS no era parte dentro del proceso y que este estaba ejecutoriado y archivado desde el 29 de febrero de 2012.

b) La EPS instauró acción de tutela contra el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, de la cual conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que, en providencia del 15 de mayo de 2012, dio al Tribunal Seccional de Ética Médica un plazo de 48 horas, siguientes a la notificación, para pronunciarse sobre el recurso de apelación.

El 23 de mayo de 2012, el Tribunal Seccional de Ética Médica resolvió abstenerse de dar trámite al recurso de apelación, reiterando que la EPS no era sujeto procesal.

Como la EPS también había propuesto un incidente de nulidad, el Tribunal Seccional manifestó que "quedaba subsanado" con el desarchivo del expediente para dar trámite a lo ordenado por el Tribunal Superior.

c) La EPS promovió una segunda tutela ante el mismo Tribunal Superior de Barranquilla para que el Tribunal Seccional de Ética Médica concediera el recurso de apelación.

El Tribunal Superior accedió a lo pedido y el Tribunal Seccional concedió la apelación y remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

El Tribunal Nacional de Ética Médica profirió la resolución del 27 de agosto de 2013 en la cual se abstuvo de conocer del recurso, con el mismo argumento de que la EPS no era sujeto procesal; agregó que aceptar la apelación del pliego de cargos o

de la sentencia preclusoria constituiría "prejudicialidad" y, por lo tanto, no debía pronunciarse sobre lo fallado en primera instancia.

 d) La EPS presentó una solicitud de conciliación prejudicial para lograr la revocatoria de los actos administrativos proferidos por los Tribunales Nacional y Seccional de Ética Médica

El Ministerio de Salud y Protección Social fue citado por la Procuraduría 14 Judicial Delegada para Asuntos Administrativos de Barranquilla, a la audiencia prejudicial de conciliación.

También fueron citados los Tribunales Seccional de Ética Médica de Barranquilla y Nacional de Ética Médica, pero no asistieron con el argumento de su falta de legitimación en la causa por pasiva, al carecer de personería jurídica, basados en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de octubre de 2010.

### 4. Consideraciones adicionales de la consulta

Expresa el señor Ministro consultante que el concepto de esta Sala, del 21 de octubre de 2010, "genera confusión" porque el análisis primordial se refirió a la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica y a su carencia de personería jurídica, y "dejó de lado ahondar sobre la capacidad sustancial de que gozan estos organismos para concurrir a los diferentes procesos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, luego de haber generado las decisiones autónomas que pueden ser objeto de controversias judiciales".

Sobre la aludida capacidad sustancial, el señor Ministro cita:

- a) La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha agosto 29 de 2012, relativa a los Tribunales de Ética Médica, de la cual transcribe las siguientes consideraciones:
  - "... En cuanto a la naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, la juris-prudencia constitucional ha sostenido que "el artículo 123, inciso tercero de la Constitución Política prevé que el legislador determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio; además, el artículo 210, inciso segundo de la Carta establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley; es decir, tanto el artículo 26 como los artículos 123 y 210 superiores, sirven de fundamento para la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica, al cual le son asignadas funciones públicas (...). El Tribunal Nacional de Ética Médica está integrado por particulares encargados de ejercer la fundón pública de 'disciplinar' a quienes ejercen la medicina, cuando incurran en las faltas previstas en la Ley 23 de 1981.

"Es decir, tanto al Tribunal Nacional como a los Tribunales Seccionales, el legislador les ha asignado la función pública de adelantar procesos ético-profesionales, precisando que por este hecho sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios públicos, sino que deben ser tratados como particulares encargados de la función de adelantar procesos administrativos de carácter sancionatorio originados en el ejercicio de la medicina". (Sentencia C-620 de 25 de junio de 2008).

- "2. En ese orden de ideas, la vinculación del Ministerio de Protección Social, al trámite constitucional se torna aparente, como quiera que el reclamo constitucional no lo involucra, pues la queja se circunscribe a la negativa de conceder el recurso de apelación formulado contra la decisión cuestionada por parte del Tribunal de Ética Médica del Atlántico. (...)"<sup>233</sup>.
- b) La sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de fecha 3 de octubre de 2012<sup>234</sup>, en la cual se reconoció legitimación en la causa por pasiva a la Superintendencia de Sociedades, cuando no tenía personería jurídica, y se consideró innecesaria su representación judicial por el ministerio al cual estaba adscrita, porque el debate judicial se refería a decisiones de la Superintendencia.

La consulta transcribe los siguientes apartes de la sentencia:

"... Se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. (...).

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.

<sup>233 (</sup>i) La cita de la sentencia C-620-08 es de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.// (ii) La subraya es del texto de la consulta.

<sup>234</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Rad. No. 25000-23-26-000-1995-000936-01 (22984).

(...)

### De la falta de legitimación en la causa material

Se tiene que, evidentemente, la legitimación de hecho en la causa, por pasiva, concurre tanto en relación con el Ministerio de Desarrollo Económico como en relación con la Superintendencia de Sociedades (...) resulta incuestionable que la Superintendencia de Sociedades, en el momento cronológico descrito, no constituía una persona jurídica distinta de la Nación, no es menos verídico que se encontraba facultada para concurrir a los procesos judiciales en defensa de los intereses que gestionaba – legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante. Dicho planteamiento, por lo demás, en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil - C. de P. C.-, atribuye "... capacidad para comparecer por sí al proceso ...", a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos; sin embargo, se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente o con los patrimonios autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales de lo cual se desprende que la circunstancia consistente en que a la Superintendencia de Sociedades, por carecer de personalidad jurídica independiente antes de la expedición del Decreto ley 1080 de 1996, no podía ni puede negársele capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, en un proceso judicial. (...) resulta todavía más claro e incontrovertible que la Superintendencia de Sociedades cuenta con capacidad para comparecer en cualesquiera procesos judiciales en los que se ventilen asuntos de su interés, como demandante, demandada o interviniente, sin que deba y/o pueda válidamente ser representada por el Ministerio al cual se encuentra adscrita (...) la Superintendencia de Sociedades tenía la capacidad jurídica suficiente para asumir la condición de sujeto procesal representando los intereses de la Nación, comoquiera que los hechos, actos y omisiones que se le endilgan acaecieron con ocasión del ejercicio de las funciones a su cargo, más allá de que el atributo de la personalidad jurídica le hubiere sido expresamente otorgado apenas con el Decreto ley 1080 de 1996. Por consiguiente, el denominado en su momento Ministerio de Desarrollo Económico —en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 790 de 2002—, en la medida en que no intervino en la adopción de las decisiones o en el despliegue de las actividades que el accionante cataloga como la fuente de los daños cuya reparación reclama en el sub lite y, además, careció en todo momento de la potestad normativamente atribuida de asumir la defensa en juicio de los intereses de la Superintendencia de Sociedades en el presente litigio, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva dentro del mismo. En el anterior sentido, entonces, se efectuará el respectivo pronunciamiento en la parte resolutiva de la presente decisión. (La subraya es del texto de la consulta).

 $(\ldots)$ .

### Para concluir, la consulta manifiesta:

"... la legitimación material supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, o porque dieron lugar a la producción del daño...por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta fórmula o la defensa que aquella realiza...la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón a que no afecta el procedimiento, más bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues un asunto sustancial.

La Doctrina y la Jurisprudencia han coincidido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación jurídico procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso".

Con base en los antecedentes expuestos, el señor Ministro formula las siguientes preguntas:

- ¿El Ministerio de Salud y Protección Social debe asumir la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, y si es el caso debe asumir el pago de condenas de carácter económico, teniendo en cuenta que esta entidad no ha manifestado su voluntad en los actos materia de controversia ante el Contencioso Administrativo?
- 2. De considerarse que este Ministerio debe asumir en todo caso la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, ¿cuál es la responsabilidad que recae sobre los tribunales referidos frente al pago de una eventual condena de índole económica o cuando simplemente se disponga declarar la nulidad del acto demandado?
- 3. ¿Carecen los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica de la capacidad procesal para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso?
- 4. ¿En el evento de que este Ministerio deba asumir la representación judicial de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, estos organismos podrían concurrir, ser vinculados o hacerse parte en el proceso Contencioso Administrativo?
- 5. ¿En caso de que este Ministerio deba asumir el pago de condenas de carácter económico, la entidad estaría facultada para repetir contra los magistrados del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, que generaron el acto demandado y posteriormente anulado?

6. Si en el marco de lo dispuesto en el numeral 43.1.8., del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, los Departamentos o Distritos deben asumir la financiación de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, ¿le corresponderá a dichos entes territoriales asumir la representación judicial de los mencionados tribunales?

#### II. CONSIDERACIONES

## A. El problema jurídico

Las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996<sup>235</sup> crearon, respectivamente, los Tribunales Nacionales y Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, y en idénticos términos expresaron el propósito del legislador de conferirles "autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales" relativos al ejercicio de cada una de las profesiones mencionadas.

Las Leyes 23 y 35 también hacen explícito que los tribunales creados por ellas ejercen una "función pública", y a la par aclaran que los miembros de los tribunales no son funcionarios públicos. Aunque estas precisiones no están contenidas en la Ley 266 y su modificatoria, la Ley 911 de 2004, no hay lugar a duda en cuanto a que al Tribunal Nacional y a los tribunales departamentales de Enfermería, integrados por particulares, les fue asignada una función pública de naturaleza administrativa y carácter disciplinario.

Ahora bien, las leyes de creación no otorgaron personería jurídica a ninguno de los mencionados tribunales, por lo que se plantean dos grandes problemas:

El primero se refiere a si pueden o deben intervenir en los procesos judiciales en los que se debata la legalidad de las decisiones que profieren, y en qué calidad.

El segundo atañe a la responsabilidad de los tribunales y de sus miembros, cuando sus decisiones son simplemente anuladas o cuando además han causado perjuicios que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo declara y ordena resarcir.

Para resolverlos la Sala analizará los siguientes temas:

• La libertad de elegir profesión u oficio; el derecho a ejercer; los límites al ejercicio; y la función de inspección y vigilancia del Estado.

Ley 23/81, artículo 63: "Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia". | Ley 35 /89, artículo 59: "Créase el Tribunal Nacional de Ética Odontológica con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios Ético Profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia"; Ley 266 de 1996 (enero 25) "Por la cual se reglamenta la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones". Artículo 10. "Del Tribunal Nacional Ético de Enfermería. Créase el Tribunal Nacional Ético de Enfermería, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios, ético-profesionales que se presenten en la práctica de quienes ejercen la enfermería en Colombia. (...") | / Artículo 12. "Integración. El Tribunal Nacional Ético de Enfermería estará integrado por siete (7) miembros, profesionales de enfermería, de reconocida idoneidad profesional y solvencia ética y moral, con no menos de diez (10) años de ejercicio profesional". Parágrafo 1º. (...) Parágrafo 2º. "Créanse los Tribunales Éticos Departamentales de Enfermería en las Capitales de los Departamentos, o que iniciarán sus funciones de acuerdo a la gradualidad, necesidad y asignación de recursos por los departamentos, de acuerdo a la Ley y la reglamentación que el Tribunal Nacional Ético de Enfermería haga al respecto".

- La función administrativa disciplinaria.
- El ejercicio de funciones públicas por los particulares; responsabilidades inherentes y la acción de repetición.
- La capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la legitimación en la causa y la representación.
- Las partes y los terceros en los procesos judiciales.
- El ejercicio de la función pública atribuida a los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería.

# B. Aclaración previa

El señor Ministro consultante hace especial mención del concepto emitido por esta Sala, de fecha 21 de octubre de 2010, porque fue invocado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico para fundamentar su no concurrencia al proceso judicial de que trata el antecedente fáctico de la consulta.

Observa la Sala que en el citado concepto se estudió la representación legal y judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica con base en la línea jurisprudencial sobre los consejos profesionales<sup>236</sup>, su origen legal, su relación con las estructuras nacional y territorial de la Rama Ejecutiva y, en general, se hizo un repaso de los argumentos con base en los cuales se han definido tales consejos como órganos sui generis o atípicos, con particulares relaciones de adscripción a la administración pública.

Siguiendo la línea jurisprudencial enunciada se concluyó que la representación legal y judicial de los tribunales de ética, por carecer de personería jurídica, radica en la Nación y en las entidades territoriales a través de sus respectivos representantes, como ocurre con los consejos profesionales.

El señor Ministro destaca que la nueva consulta se enfoca en la función pública atribuida por las leyes de creación, a los Tribunales de Ética Médica y Odontológica. La Sala abordará integralmente el tema, sin perjuicio de centrar su análisis en la función.

#### C. Análisis de la Sala

1. La libertad de elegir profesión u oficio. El derecho a su ejercicio y los límites de este derecho. La inspección y la vigilancia del Estado.

La Constitución de 1886 original consagró la libertad de escoger "ocupación u oficio" derecho a su ejercicio; previó su inspección en aras del orden público; y facultó al legis-

<sup>236</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de octubre de 2010, Radicación No: 11001-03-06-000-2010-00077-00(2016), Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, Referencia: Tribunales de Ética Médica. La Sala hizo especial mención de los Conceptos 248 del 1º de diciembre de 1988; 487 del 14 de diciembre de 1992; 583 del 11 de febrero de 1994; 630 del 9 de septiembre de 1994; 1590 del 14 de octubre de 2004; 1730 del 4 mayo de 2006.

lador para exigir títulos de idoneidad que habilitaran el ejercicio de la medicina y sus profesiones auxiliares:

"Artículo 44. Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremios de maestros o doctores.

Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares".

El artículo 15 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 - incorporado al cuerpo constitucional como artículo 39 - reiteró la libertad de escoger profesión u oficio, pero amplió a todas las profesiones la facultad del legislador para exigir títulos de idoneidad. Los incisos primero y segundo de la norma en cita dispusieron:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

Sobre la norma en comento, la Corte Suprema de Justicia había dicho<sup>238</sup>:

"... obteniendo un título académico, conforme a la ley, salvo las limitaciones que ella fije, el beneficiario adquiere un derecho perfecto y una vocación definida al ejercicio profesional respectivo, sin que las autoridades administrativas gocen de competencia alguna para establecer restricciones por su cuenta, señalando campos o ramas que no son de libre aplicación para todos sino sólo para aquellos a quienes ellas aprueben y califiquen".

La libertad y el derecho comentados fueron recogidos en el artículo 26 de la Constitución de 1991:

"Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

<sup>237</sup> El citado artículo 39 tenía dos incisos más: "La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. / También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos."

<sup>238 &</sup>quot;Cfr. sentencia de noviembre 18 de 1969 Gaceta Judicial CXXXVII No. 2338. Cita tomada de la sentencia T-408-92 de la Corte Constitucional.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

Como puede observarse, la tradición constitucional incluye: (i) la libertad de las personas para escoger profesión u oficio; (ii) el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido; (iii) las limitaciones al derecho, expresadas en la exigencia de títulos de idoneidad y en la inspección y vigilancia del Estado, tomando en consideración los riesgos que su ejercicio pueda acarrear a la sociedad; y (iv) la reserva legal para su regulación.

En cuanto a las limitaciones, la jurisprudencia constitucional ha destacado el mandato de la Constitución sobre la reserva legal en la materia, dado que se trata de derechos fundamentales<sup>239</sup>:

"... si bien la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, lo cierto es que tal derecho se vería lesionado si de él no se dedujera el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido...

Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado "límite de los límites", vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia. En primer lugar en la Constitución vigente las limitaciones a este derecho tienen reserva de ley. Así, el legislador es el único competente para establecer los títulos de idoneidad que deben acompañar en cada caso el ejercicio de tareas que exijan formación académica. De otra parte, las normas respecto de las cuales las autoridades competentes vigilarán e inspeccionarán tal ejercicio, deben estar fijadas, bien expresamente por la ley, si se trata de reglamentaciones que toquen directamente con el derecho en cuestión, o bien por delegación legal, cuando se trata de reglamentaciones técnicas o administrativas que no hacen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental...

Dichas normas, en cuanto reglamentan el ejercicio de un derecho fundamental, tienen reserva de ley y deben respetar los principios constitucionales, en particular, los que corresponden al debido proceso (...)".

Específicamente sobre los títulos de idoneidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha explicado<sup>240</sup>:

Corte Constitucional, sentencia C-606-92 (diciembre 14) - Radicación D-044 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º (parcial); 4º, 8º (parcial); 9º, 10 y 11 de la Ley 70 de 1979, "Por la cual se reglamenta la profesión de topógrafo y se dictan otras disposiciones sobre la materia". // Sentencia c-568-10 (julio 14) - Referencia: expediente D-7956 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º, 4º y 8º de la Ley 22 de 1984, "Por la cual se reconoce la Biología como una profesión, se reglamenta su ejercicio en el país y se dictan otras disposiciones": "3.2. Con fundamento en el indicado sistema de ordenación de principios y valores, la Constitución (art. 26) otorga al Congreso de la República la facultad de exigir títulos de idoneidad para el desarrollo de ciertas actividades y establece, como regla general, la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones por parte de las autoridades competentes. (...) Así las cosas, observa esta Corte que el ejercicio de una profesión u oficio se funda en el respeto a la libertad individual de escogencia de una actividad laboral y en la protección de los riesgos sociales que, por su posible incidencia, exigen del legislador una regulación que, para que sea legítima, deberá ser razonable y proporcionada, de manera que no signifique una restricción arbitraria e inequitativa al ejercicio de tales actividades individuales".

<sup>240</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-377-94 (25 de agosto) REF: D-486, Demanda de inconstitucionalidad del literal a), y parágrafos 1º y 2º del artículo 2º de la Ley 14 de 1962 "Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la Medicina y Cirugía".

"Una cosa es escoger una determinada profesión, y dedicarse a su estudio, materia propia de la autonomía personal, en la cual el Estado no tiene intervención. Para ese escogimiento, la persona es libre, como lo dice el artículo 26, sin restricción. (...)En cuanto a su ejercicio, hay diferentes reglas. Para comenzar, "La ley podrá exigir títulos de idoneidad" (artículo 26). ¿Por qué? Porque el título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional.

Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce".

En cuanto a las funciones de inspección y vigilancia, en términos generales, pueden describirse como la verificación por la autoridad de que el sujeto vigilado en efecto ajusta su conducta a la regulación que lo obliga, y la adopción de las medidas correctivas o coercitivas a que haya lugar.

Esta Sala, en concepto del 16 de abril de 2015<sup>241</sup>, se refirió a la ausencia de una definición legal general sobre las funciones de inspección y vigilancia, que incorporan necesariamente la de control, y con base en "diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras" y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirmó:

"... puede señalarse que la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad<sup>242</sup>; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige<sup>243</sup>; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo...

<sup>241</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). Con análisis y cita de las Leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras; y las Sentencias C-851-13, C-570-12, C-787-07, C-263-96 reiterada en la C-172-14, también entre otras.

<sup>242 [</sup>Las citas 18, 19 y 20 corresponden al concepto del 16 de abril de 2015]: Por ejemplo la Ley 1122 de 2007 define la inspección de la siguiente manera: "La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-cientifica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas"

<sup>243</sup> En este sentido, por ejemplo, Ley 222 de 1995: "La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente".

Por tanto, las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C.P.), al derecho de asociación (artículo 38 C.P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C.P.), entre otros derechos fundamentales. Además, como tales funciones y, particularmente, la de control, normalmente van acompañadas de una potestad sancionatoria que les asegura eficacia<sup>244</sup>, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C.P.).

Todo lo anterior soporta, como pasa a revisarse, la exigencia constitucional de que sea el legislador, en atención a principios de soberanía popular, participación y deliberación democrática, quien defina los casos y condiciones en que proceden estas formas de intervención estatal".

Tal exigencia, agregó la Sala:

"... se desprende directamente del artículo 150-8 de la misma Constitución, según el cual le corresponde al Congreso de la República "expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución".

### 2. La función administrativa sancionatoria

En cumplimiento de sus fines constitucionales<sup>245</sup>, el Estado goza del *ius puniendi* o derecho a castigar o sancionar, que comprende: (i) el derecho penal, asignado a los jueces, y (ii) el derecho administrativo sancionador, atribuido a las autoridades en ejercicio de la función administrativa, para sancionar directamente el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a los particulares y a los servidores públicos.

En términos de la jurisprudencia constitucional<sup>246</sup>:

"1. El poder del Estado, aun cuando concebido como un todo unitario, por la razón obvia de la división y especialización del trabajo se desdobla en una serie de atribuciones, facultades o competencias, institucionalizadas en el ordenamiento cons-

<sup>244</sup> Se ha explicado además que el control es la expresión más fuerte del poder de supervisión estatal de las actividades privadas, en la medida que permite sancionar e incidir directamente en las decisiones del ente vigilado: "Mientras que la inspección y la vigilancia se consideran mecanismos leves o intermedios de control para detectar irregularidades en la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad, el control supone el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control". Sentencia C-570 de 2012, reiterada en Sentencia C-581 de 2013. Igualmente sentencia C-263 de 1996, reiterada en Sentencia C-172 de 2014, en cuanto a que el "control" comprende necesariamente las funciones de inspección y vigilancia: "Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios".

<sup>245</sup> Constitución Política, artículo 2º, inciso segundo: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". (Subraya la Sala).

<sup>246</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-214-94 (28 de abril) Ref.: Expediente D-394, Norma demandada artículo 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. // Entre otras, también: Sentencia C-571-10 (14 de julio), Exp. D-7985, Demanda contra varias disposiciones del Estatuto Tributario, y contra el artículo 402 del Código Penal. / Sentencia C-818-05 (9 de agosto, Exp. D-5521. Norma demandada, artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002.

titucional, que se radican en cada una de las ramas del poder público y traducen la existencia de unas funciones, las cuales constituyen los medios o instrumentos necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales.

La fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias.

La Corte Suprema de Justicia en punto a la materia comprensiva del derecho punitivo del Estado ha señalado, que "es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment)"<sup>247</sup>.

(...)

2. La potestad sancionadora reconocida a la administración asume dos modalidades: la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). La naturaleza jurídica de dicha potestad es indudablemente administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal.

(...)

Lo expresado permite concluir que la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos".

La facultad de la administración para imponer sanciones a sus propios funcionarios y a los particulares que ejercen funciones públicas se configura en el derecho disciplinario, que tiene la finalidad de garantizar la ética en el servicio público y la observancia y cabal realización de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que informan la función pública.

Con relación al objeto de la consulta que ahora estudia la Sala, resulta pertinente la siguiente definición jurisprudencial del derecho disciplinario<sup>248</sup>:

<sup>247 [</sup>Sentencia 51 de 14 de abril de 1983].

<sup>248</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-252-03 (25 de marzo) Referencia: expediente D-4180 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002.

"...el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza".

Hace notar la Sala, en la transcrita definición, la relación del derecho disciplinario con quienes están sujetos a "deberes especiales" y pueden ser responsables por "infracción de deberes funcionales", previa aplicación del debido proceso y los elementos que lo caracterizan.

Las enunciadas características permiten concluir que la responsabilidad en el ejercicio de las profesiones, prevista en el artículo 26 de la Constitución Política y en los términos que defina la ley, es objeto del derecho disciplinario.

Como se explica a continuación, la potestad sancionatoria del Estado que el derecho disciplinario regula puede ser ejercida también por los particulares, quienes, en consecuencia, quedan sujetos a las condiciones y responsabilidades que rigen la función pública de que se trata.

# 3. El ejercicio de funciones públicas por los particulares. Las responsabilidades inherentes. La acción de repetición

El artículo 26 de la Constitución radica en cabeza de "las autoridades" las funciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones u oficios.

El término genérico, "las autoridades", como también lo ordena el citado artículo 26, debe ser concretado, lo cual es de competencia exclusiva del legislador, que goza de una amplia potestad de configuración por cuanto el mencionado artículo 26 no establece restricciones o condicionamientos. En consecuencia, el legislador puede, como lo ha hecho, asignar las supra dichas funciones a los particulares, sin que estos trasmuten en servidores públicos.

El ejercicio de funciones públicas por los particulares está previsto en la Constitución Política, en los términos que establezca la ley:

(i) en relación con la función judicial, en el inciso cuarto del artículo 116:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

(ii) respecto de la función pública en general, en el inciso final del artículo 123:

"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

En ambos casos, la norma constitucional indica que se trata de un ejercicio transitorio o temporal.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha concluido que otras disposiciones constitucionales permiten el ejercicio permanente de funciones públicas por los particulares<sup>249</sup>:

"De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica. (...)".

Ejercer funciones públicas implica necesariamente la sujeción de las actuaciones del particular a los regímenes sustanciales y procesales que apliquen a la respectiva función y, por consiguiente, el deber de asumir también las responsabilidades correlacionadas, en los términos que haya fijado la ley, como lo señala la jurisprudencia constitucional<sup>250</sup>:

"Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de la responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés

<sup>249</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-286/96 (27 de junio) - Referencia: Expediente D-1116 - Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 -parcial- de la Ley 200 de 1995. // También la Sentencia C-181-02 (12 de marzo), Referencia: expediente D-3676 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9° (total), 20, 25, 27, 29, 30, 44 (parciales), 65 (total), 116, 131, 146, 151 y 157 (parciales) de la Ley 200 de 1995: "...cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella confleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador".

<sup>250</sup> Cfr. Sentencias Corte Constitucional enunciadas en la cita anterior.

colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse –se repite– en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo".

Como se explica a continuación, el legislador se ha ocupado de incluir a los particulares que ejercen la función administrativa en la estructura y el funcionamiento de la administración pública, los ha asimilado a "autoridades", ha previsto el control judicial de su actividad, y ha diseñado las normas que identifican y regulan el alcance de su responsabilidad en los ámbitos disciplinario, fiscal, penal y patrimonial.

# 3.1. La función administrativa, su organización y funcionamiento

Los particulares, cuando están en ejercicio de la función administrativa, son sujetos "en lo pertinente" de las normas sobre organización y funcionamiento de la administración pública, contenidas en la Ley 489 de 1998<sup>251</sup> que reglamenta la organización y el funcionamiento de las autoridades nacionales que ejercen la función administrativa.

Así lo dispone la Ley 489 al definir su ámbito de aplicación en el artículo 2º:

"Artículo 2°.- Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas" 252.

El artículo 4º de la Ley 489 en cita, define la función administrativa en relación con sus finalidades:

"Artículo 4º. Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general".

En el Capítulo XVI, "Ejercicio de funciones administrativas por particulares", la Ley 489 regula de manera especial la posibilidad de que las autoridades administrativas atribuyan funciones administrativas a los particulares, para lo cual:

<sup>251</sup> Ley 489 de 1998 (diciembre 29) "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 183 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", l'Artículo 1°. "Objeto. La presente Ley regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública".

<sup>252</sup> El parágrafo del artículo 2º de la Ley 489/98 precisa su ámbito de aplicación en el nivel territorial: "Parágrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política".

- establece las condiciones para que las personas naturales y jurídicas privadas puedan ejercer funciones administrativas, "salvo disposición legal en contrario" (artículo 110);
- (ii) señala las modalidades de asignación de la función: acto administrativo o convenio (artículo 111);
- (iii) fija el régimen jurídico de los actos y contratos (artículo 112);
- (iv) consagra las inhabilidades e incompatibilidades (artículo 113);
- (v) asigna a la entidad pública que confiera la función al particular, el control sobre el ejercicio de la misma (artículo 114).

# 3.2. A los particulares que ejercen funciones administrativas se les denomina "autoridades" y les aplica la Ley 1437 de 2011

Para el ejercicio de la función administrativa y su control judicial, la Ley 1437 de 2011 adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Parte Primera del código contiene el procedimiento que rige el ejercicio de la función administrativa; su campo de aplicación está fijado en el artículo 2º en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código".

Como se observa, en el inciso primero de la norma transcrita el legislador denomina "autoridades" a los particulares, junto con los órganos, organismos y entidades que integran las ramas del poder público y los órganos autónomos, con referencia al ejercicio de la función administrativa.

De acuerdo con el inciso tercero los particulares que ejercen la función administrativa deben ajustar sus actuaciones al procedimiento especial aplicable a la función administrativa conferida, y en lo no previsto en ella deberán aplicar el procedimiento administrativo general de la Parte Primera de la Ley 1437, quedando también sujetos al control judicial de sus actos, hechos, operaciones u omisiones, conforme a la Parte Segunda de la misma ley.

# 3.3. Los particulares en ejercicio de la función administrativa profieren actos administrativos susceptibles de control judicial

Las actuaciones a través de las cuales se cumple la función administrativa, reguladas por normas especiales y, en su defecto, por la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, se expresan por regla general en actos administrativos.

La jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en definir el acto administrativo como la expresión de la voluntad unilateral de la autoridad administrativa, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

El artículo 43 de la Ley 1437 en cita define el acto administrativo definitivo:

"Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación".

Asimismo en el artículo 74 establece la procedencia de los recursos de reposición, apelación y queja, contra los actos definitivos, como regla general; y en el artículo 75 dispone la improcedencia de los mencionados recursos cuando se trate de actos generales, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo disposición legal en contrario.

Los actos administrativos son objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme lo prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Parte Segunda, artículo 104:

"Artículo 104. Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa" 253.

Con relación a los particulares que ejercen función administrativa, las disposiciones de la Segunda Parte del Código, sobre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al distribuir las competencias entre el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces administrativos, hacen expresa referencia a la nulidad de los actos adminis-

<sup>253</sup> El artículo 104 del CPACA, además del inciso primero que se transcribe, relaciona los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en armonía, el artículo 105 ibídem relaciona los asuntos de los que no conoce esta jurisdicción. En consecuencia, tratándose de las actuaciones de los particulares en ejercicio de función administrativa, ambas disposiciones deben ser valoradas.

trativos de las personas o entidades de derecho privado cuando cumplen funciones administrativas. Igualmente, en la nulidad con restablecimiento del derecho deben entenderse comprendidos los actos de los particulares en ejercicio de función administrativa puesto que las respectivas reglas de competencia se refieren a los actos de las "autoridades" o de "cualquier autoridad"<sup>254</sup>.

# 3.4. La responsabilidad

Como se enunció antes, la ley regula los distintos ámbitos de la responsabilidad que asumen los particulares cuando ejercen funciones públicas. Veamos:

### a) La responsabilidad disciplinaria:

La conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas es objeto del control denominado disciplinario, regulado actualmente en el Código Único Disciplinario -Ley 734 de 2002<sup>255</sup>-, con las adiciones de la Ley 1474 de 2011.

Los particulares que desempeñan funciones públicas tienen en el Código Único Disciplinario un régimen especial que puede sintetizarse como sigue:

El artículo 25 de la Ley 734 detalla los destinatarios de la ley disciplinaria, entre quienes incluye a "los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código"<sup>256</sup>.

En su texto original, el artículo 53<sup>257</sup> de la Ley 734 especificaba que eran sujetos del régimen especial disciplinario los particulares que (i) fueran interventores de contratos

<sup>254</sup> Ley 1437/11. Conoce en única instancia el Consejo de Estado (artículo 149): "1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional". // - Conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos (artículo 152): "1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. / 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...). / 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado (...)"// - Conocen los jueces administrativos en primera instancia (artículo 155): "1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. / 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

<sup>255</sup> Ley 734 de 2002 (febrero 5) "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".//Ley 1474 de 2011 (julio 12) "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

<sup>256</sup> Ley 734/02, Artículo 25: "Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. / Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. / Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria".

<sup>257</sup> Ley 734/02, artículo 53: "El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. / Cuando se trate de personas juridicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva" // Constitución Política, artículo 366: "El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. / Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

estatales, (ii) ejercieran funciones públicas; (iii) prestaran los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable; (iv) administraran recursos del Estado. En el mismo artículo 53 se exceptúa a las "empresas de economía mixta" con régimen privado.

El artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 adicionó tres incisos al artículo 53 de la Ley 734, en los cuales se explican las hipótesis establecidas en el texto original para clarificar cuándo los particulares son sujetos disciplinables. El texto actual de la norma es el siguiente:

"Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva".

El régimen especial incorporado en el Código Disciplinario Único, en síntesis, comprende: (i) inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés, relacionados en el artículo 54 y ampliados en el parágrafo 2º del artículo 55 cuando se trata de árbitros y conciliadores; (ii) faltas gravísimas específicamente tipificadas para los particulares destinatarios de la ley disciplinaria, en el artículo 55, con la advertencia de que solo son sancionables a título de dolo o culpa; (iv) las sanciones y los criterios para su graduación, previstos en los artículos 56 y 57.

## b) La responsabilidad fiscal

La Constitución Política –artículo 267, inciso primero– ordena a la Contraloría General de la República vigilar la gestión fiscal de "los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación".

La Ley 42 de 1993<sup>258</sup>, sobre organización y competencias para el ejercicio del control fiscal, se refiere de manera expresa a "los particulares que manejen fondos o bienes del Estado", como sujetos pasivos del control fiscal en las administraciones nacional y territorial (artículos 2º y 3º). También los incluye en la definición del control fiscal (inciso primero del artículo 4º).

Además, en el inciso final del artículo 8º fija el alcance del control en cuestión sobre los particulares:

"La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración".

La responsabilidad fiscal en la cual pueden incurrir quienes administran o manejan bienes públicos, es el objeto de los procesos regulados en la Ley 610 de 2000<sup>259</sup>, que en su artículo 1º incluye como sujetos responsables a los particulares:

"Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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 el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado".

## c) La responsabilidad penal

El Código Penal vigente, expedido por la Ley 599 de 2000<sup>260</sup>, optó por considerar como servidores públicos a "los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente

<sup>258</sup> Ley 42 de 1993 (enero 26), "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen". Artículo 2º.- "Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. / Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo". / Parágrafo. (...) // Artículo 3º.- "Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior. / Para efectos de la presente ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo". // Artículo 4º.- "El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles".// Artículo 8º.- La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. / Asimismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. /" (sigue el inciso final transcrito arriba).

<sup>259</sup> Ley 610 de 2000 (agosto 15) "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

Ley 599 de 2000 (julio 24) "Por la cual se expide el Código Penal". Artículo 20. "Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores de lEstado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios./ Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política". (Constitución Política"). (Constitución Política"). (Constitución Política"). (Constitución Política"). (Constitución política") (Son en concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos./ La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos./ Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la

o transitoria", así como a las personas que administran los recursos fiscales y parafiscales de que trata el artículo 338 de la Constitución. Por consiguiente, cuando actúen en los supuestos de la norma serán responsables de las conductas tipificadas como delitos para los servidores públicos en la misma ley penal.

De manera específica, en la actividad contractual con el Estado, la Ley 80 de 1993 consagra la responsabilidad penal de los servidores públicos por acción u omisión (artículo 51). En virtud de la asimilación hecha por el artículo 20 del Código Penal, los particulares que en ejercicio de la función administrativa celebren contratos estatales son responsables penalmente.

La Ley 80 en cita también hace responsables penal y civilmente, a los consultores, interventores y asesores externos que incumplan sus obligaciones contractuales o que incurran en hechos u omisiones que causen daño a las entidades contratantes (artículo 53 modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011).

### d) La responsabilidad patrimonial

Con la Constitución de 1991 fue elevada a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado por actos u omisiones de las autoridades así como la facultad para el mismo Estado de repetir contra el agente que por dolo o culpa causó el daño:

"Artículo 90. 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".

En su desarrollo fue expedida la Ley 678 de 2001<sup>261</sup>. Al definir su objeto (artículo 1º) y la acción de repetición (artículo 2º), incluyó a los particulares que desempeñen o estén investidos de funciones públicas:

"Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición".

"Artículo 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es 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 reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena,

base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

<sup>261</sup> Ley 678 de 2001 (agosto 3) "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".

conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Parágrafo 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

La repetición fue incorporada en la Ley 1437 de 2011 como uno de los medios de control de la actividad de la administración y de los particulares que ejercen funciones públicas. El artículo 142 de la ley en cita la define:

"Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

$$(...)^{263}$$
.

Así, el ejercicio de la función pública también impone a los particulares la obligación de responder pecuniariamente por los perjuicios causados con su actuar doloso o gravemente culposo, para lo cual pueden ser llamados en garantía dentro del proceso en el que se debata la responsabilidad del Estado o bien pueden ser demandados por la respectiva entidad pública, en repetición, tal como se prevé respecto de los servidores o ex servidores públicos.

<sup>262</sup> Además del parágrafo primero transcrito arriba, el artículo 2º de la Ley 678 tiene los siguientes: "Parágrafo 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague la la indenmizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa. / Parágrafo 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. / Parágrafo 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario".

<sup>263</sup> El inciso final del artículo 142 de la Ley 1437/11, dispone: "Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño".

De la repetición conocen en primera instancia los tribunales y los jueces administrativos, según la cuantía<sup>264</sup>.

# 4. Capacidad jurídica, capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación en la causa. El artículo 159 del CPACA

El Código Civil en su artículo 73 clasifica a las personas en naturales y jurídicas y las define así:

"Artículo 74. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

"Artículo 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

La capacidad es uno de los atributos de la personalidad que junto con el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio –y para las personas naturales, el estado civilconstituyen sus elementos esenciales con los efectos jurídicos que el ordenamiento determina.

Con fundamento en el artículo 1502 del Código Civil Colombiano<sup>266</sup>, la jurisprudencia y la doctrina se refieren a la capacidad jurídica bajo dos aspectos: como capacidad de goce, que es la aptitud jurídica para adquirir derechos, y como capacidad de ejercicio, que es la habilidad para obligarse por sí misma, sin intervención o autorización de otra persona.

Por lo demás, la capacidad jurídica se presume y la incapacidad es la excepción, de acuerdo con el artículo 1503 del código en cita.

La capacidad jurídica conlleva la capacidad para ser parte en los procesos judiciales, como demandante o como demandado, en tanto titular de derechos y con aptitud para adquirir obligaciones:

"La capacidad para ser parte como presupuesto procesal, exige que quienes son parte en el proceso judicial tengan la condición de personas ya sean naturales o ju-

<sup>264</sup> Cfr. Ley 1437/11, Artículo 152. "Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 11. De la repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia". | Artículo 155. "Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 8. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia".

<sup>265</sup> Código Civil, artículo 633, inciso segundo y tercero: "Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. / Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

<sup>266</sup> Código Civil, artículo 1502: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz. / 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. / 3º) que recaiga sobre un objeto lícito. / 4º) que tenga una causa lícita. / La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra". // Artículo 1503. "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces".

rídicas, ya que a partir de la titularidad de los derechos y obligaciones que ostentan, pueden asumir las responsabilidades que el fallador de instancia les impone, pues en caso contrario, esto es, que alguno de los extremos de la litis no sea sujeto de derechos, puede resultar un fallo inhibitorio".

La regla en comento tiene las excepciones dispuestas por la ley, como ocurre, por ejemplo con los patrimonios autónomos en el Código General del Proceso<sup>267</sup>.

La capacidad para ser parte no conlleva per se el derecho a intervenir en el proceso y a realizar válidamente los actos procesales. Este derecho, que es la capacidad procesal o capacidad para comparecer en el proceso, puede ejercerse en nombre propio cuando la ley expresamente lo prevé. Debe ejercerse a través de representante legal en el caso de las personas jurídicas o de los incapaces, por ejemplo. En todo caso, como regla general debe ejercerse a través de apoderado por razón del llamado derecho de postulación<sup>268</sup>.

Ahora bien, para que pueda proferirse sentencia de mérito es preciso que ambas partes estén "legitimadas en la causa", lo cual significa que quienes concurren al proceso como parte demandante y como parte demandada, tienen relación "con el interés sustancial que se discute en el proceso", es decir, que la parte demandante tiene el derecho de postular las pretensiones –legitimación por activa–, y la parte demandada es titular de las correlativas obligaciones –legitimación por pasiva–:

"La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"<sup>269</sup>.

La legitimación en la causa es "de hecho" cuando la relación entre las partes surge por razón de la demanda, y es "material" cuando surge de los hechos que dan origen a la formulación de la demanda:

<sup>267</sup> Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, artículo 53. "Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. / 2. Los patrimonios autónomos. / 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. / 4. Los demás que determine la ley". // Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 159, inciso primero: "Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes."

<sup>268</sup> Código General del Proceso, artículo 54. "Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por si mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales. / Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, el juez designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio. / Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera. / Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos. / Cuando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación deberá ser representada por su liquidador. / Los grupos de personas comparecerán al proceso conforme a las disposiciones de la ley que los regule. / Los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerian su representación si ya hubiesen nacido".

<sup>269</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032).

"Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo –no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.(...)"270.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la capacidad y la representación se regulan en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, así:

"Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo

2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor".

En el CPACA la capacidad para ser parte, es decir, para comparecer en el proceso, no está determinada por la personalidad jurídica. Conforme al artículo 159 transcrito, las personas jurídicas y "los demás sujetos de derecho" a los que la ley confiera esa capacidad, como los órganos u organismos estatales, los órganos de control, las Ramas Legislativa y Judicial, pueden obrar como demandantes, demandados o intervinientes, "por medio de sus representantes debidamente autorizados"<sup>271</sup>.

La norma en comento, al habilitar la comparecencia en el proceso, lo hace en consideración a la función pública que ejercen los órganos, organismos, entidades y particulares que la misma enuncia. Y, además, se ocupa de su representación.

Por consiguiente, las autoridades que el transcrito artículo 159 relaciona, comparecen en el proceso en representación de la persona jurídica pública que es, en últimas, la obligada como consecuencia de la acción u omisión de sus agentes, y será por consiguiente quien responda por el daño y la condena si tales son las resultas del proceso.

Ha de agregarse que dicha representación debe ser ejercida a través de abogado inscrito, de acuerdo con el mandato del artículo 160 de la Ley 1437<sup>272</sup>.

# 5. Las partes y los demás intervinientes en los procesos judiciales.

En la Ley 1437 de 2011, CPACA, Parte Segunda, Título V, relativo a la demanda y al trámite de los procesos, se regulan la intervención de los llamados "terceros" o personas distintas del demandante y el demandado, que tienen interés directo en los resultados del proceso.

En el Capítulo I, el artículo 159 –ya transcrito y que se ocupa de la capacidad para ser parte y la representación–, en su primer inciso enuncia de manera precisa que las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho

<sup>271</sup> El artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se refiere a los "organismos" del sector central, que carecen de personería jurídica, y a las "entidades" del sector descentralizado que son personas jurídicas.

<sup>272</sup> Ley 1437/11, artículo 160. Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. / Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contencioso administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo"

habilitados por la ley para comparecer a los procesos, "podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos...".

En el articulado referente a los requisitos de la demanda (artículo 162) y a su trámite (capítulos III y IV, Título V, Parte Segunda<sup>273</sup>), se describen las actuaciones que identifican a las partes demandante y demandada.

El trámite de la demanda incluye disposiciones para la intervención de quienes "tengan interés directo en el proceso", que comprenden (i) la notificación personal del auto admisorio de la demanda, (ii) el traslado de la demanda, (iii) la notificación personal de la primera decisión que se tome respecto de ellos, y (iv) su participación en la audiencia de juzgamiento. En efecto:

Al tratar el contenido del auto admisorio de la demanda, el artículo 171 ordena:

"Artículo 171. Admisión de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá:

(...)

3. Que se notifique personalmente a "los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso". (Subraya la Sala)".

Con el traslado de la demanda, el artículo 172 también ordena:

"Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención". (Subraya la Sala).

Entre las reglas para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, el artículo 182 señala el orden de intervención de las partes y de los "terceros":

"Artículo 182. Audiencia de alegaciones y juzgamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior, esta audiencia deberá realizarse ante el juez, sala, sección o subsección correspondiente y en ella se observarán las siguientes reglas:

1. En la fecha y hora señalados se oirán los alegatos, primero al demandante, seguidamente a los terceros de la parte activa cuando los hubiere, luego al demandado y

<sup>273</sup> Ley 1437/11, Parte Segunda Organizaciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones jurisdiccional y consultiva. Título V Demanda y Proceso Contencioso Administrativo. Capítulo III Requisitos de la demanda, Capítulo IV Trámite de la demanda.

finalmente a los terceros de la parte pasiva si los hubiere, hasta por veinte (20) minutos a cada uno. También se oirá al Ministerio Público cuando este a bien lo tenga. El juez podrá interrogar a los intervinientes sobre lo planteado en los alegatos.

Y al definir las decisiones que requieren notificación personal el artículo 198 dispone:

"Artículo 198. Procedencia de la notificación personal. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

..

2. A los terceros, la primera providencia que se dicte respecto de ellos.

...

Ahora bien, el Capítulo X del Título V, Parte Segunda, del CPACA, estatuye las reglas para la "intervención de terceros", según se trate de coadyuvantes, litisconsortes facultativos o intervinientes ad *excludendum*, y atendiendo al medio de control.

Para los procesos de nulidad con restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, el artículo 224 consagra:

"Artículo 224. Coadyuvancia, litisconsorte facultativo e intervención ad excludendum en los procesos que se tramitan con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad *excludendum* es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.

De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad *excludendum*, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de este Código".

Sobre el llamamiento en garantía el inciso primero del artículo 225 define su propósito y fija las reglas para su ejercicio.

Dice el inciso primero del artículo 225 en cita:

"Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

El artículo 226 se refiere a la "impugnación de las decisiones sobre intervención de terceros" y el artículo 228 es especial para los procesos electorales y de pérdida de investidura.

El artículo 227 remite al Código de Procedimiento Civil - léase Código General del Proceso<sup>274</sup>:

"Artículo 227. Trámite y alcances de la intervención de terceros. En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil".

Acerca de las partes y los intervinientes, encuentra la Sala de utilidad citar los siguientes comentarios del Profesor Hernán Fabio López Blanco<sup>275</sup>:

"El libro segundo del Código General del Proceso, en adelante CGP, se destina a regular "los sujetos del proceso" y la sección segunda del mismo se ocupa de "partes, terceros y apoderados", para en el capítulo segundo regular lo que concierne con "litisconsortes y otras partes", de ahí que sea menester, antes de emprender el estudio de la regulación del concepto de parte, dejar sentadas las precisiones pertinentes acerca del alcance de nueva terminología que se emplea en el CGP.

En efecto, en el CGP bajo la denominación de "litisconsortes y otras partes", el capítulo II que precede los artículos 60 a 70, se ocupa de las tres clases de litisconsorcio, de la intervención excluyente, el llamamiento en garantía, y el llamamiento al poseedor, mientras que bajo el título "terceros" que precede los artículos 71 y 72 regula exclusivamente la coadyuvancia y el llamamiento de oficio".

Explica el Profesor López Blanco que en el CPC, las partes son la demandante y la demandada y quienes intervienen en calidad de litisconsortes, en cualquiera de sus formas porque todas "necesariamente convergen a integrar una de las dos partes".

Agrega que, también en el CPC, es considerado tercero

<sup>274</sup> Ley 1564 de 2012 (julio 12) "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones".

<sup>275</sup> López Blanco, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Memorias, Medellín, septiembre de 2013. // Código General del Proceso. Parte General. DUPRE Editores, Bogotá, D.C., 2016.

"... todo sujeto de derecho que sin estar mencionado como parte demandante o parte demandada en la demanda, ingresa al proceso por reconocérsele una calidad diversa de la de litisconsorte necesario, facultativo o cuasinecesario y que de acuerdo con la índole de su intervención pueden quedar o no vinculados por la sentencia. (...)".

Entonces, destaca así las diferencias con el CGP:

"Lo que hace el CGP es ubicar bajo el concepto de "otras partes" a los que en el CPC se denominan terceros vinculados por la sentencia y dejar el calificativo de terceros exclusivamente para los terceros no vinculados por la sentencia".

Vale decir que en el CGP se acogió el sentido amplio de parte

"... noción que cobija por igual a litisconsortes, otras partes y terceros, de ahí que se afirme que tienen esa aptitud jurídica, que se denomina capacidad para ser parte, todos los sujetos de derecho y es así como el artículo 53 del CGP, se encarga de precisarlos al disponer: "Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. 2. Los patrimonios autónomos. 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. 4. Los demás que determine la ley", norma que con acierto recoge todas las posibilidades que pueden darse para efectos de saber quién tiene la aptitud de intervenir en un proceso, en cualquier calidad".

Para concluir este acápite, advierte la Sala que el articulado del CPACA en materia de partes e intervinientes debe ser complementado, para su interpretación y aplicación, con los preceptos correspondientes del CGP.

Asimismo, debe tenerse presente que de conformidad con los artículos citados y transcritos atrás, en el CPACA el "interés directo" para intervenir en el proceso puede derivar de (i) la demanda o (ii) "de las actuaciones acusadas", punto este de especial interés para el asunto materia de la consulta.

6. El ejercicio de la función administrativa sancionatoria por los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, en sus leyes de creación. Las responsabilidades. La intervención en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

## Consideración previa:

Reitera la Sala lo señalado en el concepto del 21 de octubre de 2010 acerca de "la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, control y vigilancia de algunas profesiones, -a los que la ley ha denominado en términos generales Consejos Profesionales o tribunales de ética-". En efecto resulta útil subrayar lo dicho en el mencionado Concepto acerca de "la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador... [los] rasgos comunes a estos organismos, como la carencia de personería jurídica, la falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal

de la Nación, la relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, etc... [y] en general que tales consejos y tribunales constituyen un tipo especial y sui generis de organismos públicos, integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa, de la cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento".

En esta ocasión la Sala considera menester llamar la atención del Gobierno nacional en punto a la evidente necesidad de revisitar la dimensión organizacional del ejercicio de la función disciplinaria aludida, en tanto y en cuanto la historia de agregaciones sucesivas de figuras heterogéneas ha terminado por dibujar un cuadro que se resiente de no ser sistemático ni racional.

Este cuadro conlleva la confusión entre los actores privados encargados de funciones administrativas, y entre los actores públicos a ellos ligados, lo que se evidencia en las múltiples consultas que sobre el tema se hacen a la Sala, y naturalmente no resulta halagüeño en relación con la obligación del Estado de promover la participación de los particulares en el ejercicio de las funciones públicas, ni con el aseguramiento del derecho fundamental a la igualdad, amén del sinnúmero de dificultades administrativas y judiciales que de su abigarramiento e imprecisión emergen.

En el escenario actual, la aproximación y el análisis de las distintas figuras y formas establecidas para la función pública de inspección, vigilancia y control del ejercicio de las profesiones son asuntos en extremo casuísticos, y su individualidad ha generado dificultades en lo que respecta a la capacidad y la obligación de intervención de tales organismos en los procesos judiciales en los cuales, precisamente, se discute la legalidad de sus decisiones y los efectos de las mismas.

Dado que a pesar de la diversidad de formas y facultades, es lo cierto que las actuaciones y decisiones de estos organismos obligan a la persona jurídica Nación, el efecto en materia de intervención procesal es la obligación expresa e ineludible del ministro o su delegado<sup>276</sup>, de intervenir en representación y defensa de los intereses públicos.

A continuación, el estudio de la normatividad particular de los tribunales objeto de la consulta.

# 6.1. La pertenencia al nivel nacional

Estima la Sala necesario destacar que los tribunales –nacionales y seccionales o departamentales – de ética médica, odontológica y de enfermería, fueron creados por la ley. En consecuencia deben considerarse como autoridades nacionales que ejercen de manera desconcentrada la función pública para la cual fueron creados.

Además en sus leyes de creación se dispuso, en todos los casos, que la jurisdicción es nacional pues la función se confiere respecto del ejercicio profesional "en Colombia"; y la sede principal de los tribunales nacionales es la capital del país<sup>277</sup>.

Por consiguiente, son autoridades nacionales. Las leyes de creación de los tribunales nacionales contemplan la creación de los tribunales seccionales (de ética médica y odontológica) y departamentales (de enfermería), con lo cual consagró el ejercicio desconcentrado de la función pública asignada<sup>278</sup>.

La Ley 489 de 1998, define así la desconcentración administrativa:

"Artículo 8º. Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento".

La financiación con cargo a los presupuestos departamentales, de los tribunales seccionales médicos y odontológicos, y departamentales de enfermería, prevista en la Ley 715 de 2002, no significa que tales tribunales se hayan incorporado al nivel territorial pues la Ley 715 en cita no contempló tal efecto y las leyes de creación, aún anteriores, son especiales y prevalecen en punto a la organización de la función disciplinaria.

## 6.2. La pertenencia al Sector Administrativo de Salud y Protección Social

Sea lo primero advertir que las leyes de creación de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería no previeron su "adscripción" o su "vinculación" al Ministerio de Salud (para la época), de manera que en el sentido literal de la definición legal de "sector administrativo" contenida en el artículo 42 de la Ley 489 de 1998, no integran el actual Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

No obstante, en el concepto emitido por esta Sala el 21 de octubre de 2010, que da lugar a la consulta que ahora se absuelve, se hizo un exhaustivo repaso de la legislación y la línea jurisprudencial relativas a la naturaleza de los tribunales de ética y de las demás

<sup>277</sup> Ley 23/81, artículos 63 y 67. // Ley 35/89, artículos 59 y 63. // Ley 266/96, artículo 12, Parágrafo 2º.

La Sala ya se había pronunciado en el sentido expresado en concepto del 22 de junio de 1990, Radicación número: 362, Actor: Ministerio de Salud, Referencia: Consulta Tribunal de ética médica ámbito de su competencia Ley 23 de 1981, articulo 46. "1. Los Tribunales de Ética Médica son organismos creados por la Ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias. (...) 4. La mencionada Ley 23 de 1981, creó el Tribunal Nacional de Ética Médica, con sede en la capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional para decidir en los procesos disciplinarios adelantados contra las faltas a la ética médica, en los cuales proceda aplicar la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones proferidas por los Tribunales de Ética profesional (artículos 85 y 88, Ley 23 de 1981). / Según el artículo 84 ibidem, a los Tribunales Seccionales Ético Profesionales con sede en cada uno de los departamentos, intendencias o comisarias les corresponde aplicar las sanciones de amonestación privada, censura y suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses, en los procesos disciplinarios que adelanten por infracción del reglamento de ética médica(...)"

instituciones a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre determinadas profesiones, y la vinculación que necesariamente tienen con la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, y que las lleva a ser consideradas parte del ámbito de un determinado sector administrativo.

Respecto de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, las leyes de creación, sin integrarlos a la estructura de la Rama Ejecutiva, estableció la intervención del Ministerio de Salud, hoy de Salud y Protección Social, en la designación de sus miembros y en la revisión de una de las sanciones que pueden imponer. En efecto:

Respecto del Tribunal de Ética Médica, el artículo 64 de la Ley 23 de 1981 dispuso:

Artículo 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las Facultades de Medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

Parágrafo. El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente, podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las Facultades de Medicina el envío de nuevas listas.

A lo cual agregó el artículo 66, que los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica "tomarán posesión de sus cargos ante el Ministro de Salud".

Como los miembros de los tribunales seccionales son elegidos por el Tribunal Nacional, indirectamente hay una intervención del Ministerio de Salud y Protección Social<sup>279</sup>.

Corresponde también al Ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los tribunales y del personal de apoyo, como lo prevé el artículo 91 de la Ley 23<sup>280</sup>.

La Ley 23, en su artículo 89 establece el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud de la sanción de suspensión por 5 años, prevista en el literal d) del artículo 83 ibídem<sup>281</sup>.

Disposiciones en el mismo sentido se encuentran en los artículos 60, 62, 85 y 87 de la Ley 35 de 1989, respecto de los tribunales de ética odontológica<sup>282</sup>.

<sup>279</sup> Ley 23 de 1981, artículo 68. "El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina, elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número, con el lleno de las calidades que más adelante se señalan".

<sup>280</sup> Ley 23/81, artículo 91. "El Ministerio de Salud, oído el concepto de la Federación Médica colombiana, señalará la remuneración que corresponda a los miembros de los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar".

<sup>281</sup> Ley 23/81, artículo 89. "La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83, sólo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de modificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término".

<sup>282</sup> Ley 35/89, artículo 60. "El Tribunal Nacional de Ética Odontológica estará integrado por cinco profesionales de la odontología elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez (10) candidatos, de los cuales cinco (5) serán propuestos por la Federación Odontológica Colombiana y cinco (5) por la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología (ACFO)". // Artículo 62. "Los miembros del Tribunal Nacional de Ética Odontológica serán nombrados para un periodo de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante el Ministerio de Salud". // Artículo 85. "La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 79 sólo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de

La Ley 266 de 1996<sup>283</sup>, relativa a la Enfermería, prevé la ratificación por el Ministerio de Salud de la designación de los integrantes del Tribunal de Ética, que compete al Consejo Técnico Nacional de Enfermería.

En virtud de las disposiciones legales en comento, los tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería deben ubicare en el ámbito de las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social y del sector administrativo a cargo del ministro correspondiente.

## 6.3. El propósito del legislador para su creación

Dentro del marco constitucional del artículo 39 de la Constitución de 1886 y sus reformas, y del artículo 26 de la Constitución de 1991, como se analizó atrás, el legislador ha gozado de una amplia potestad para estructurar el régimen de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones en razón al interés social que pueden afectar.

Las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996, respectivamente, dispusieron la creación de los Tribunales de Ética Médica, Ética Odontológica y Enfermería, y les confirieron "autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio" de las disciplinas en mención.

Los procesos disciplinarios ético-profesionales conllevan la potestad sancionatoria del Estado, dirigida en este caso a los profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, con el fin de garantizar la adecuación de su conducta a la ética de la profesión, y a los deberes funcionales a los que están sujetos.

Los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y quienes los integran ejercen una función pública, de naturaleza administrativa, y de carácter sancionatorio.

Así lo analizaron las sentencias C-620-08 y C-762-09, respecto de la Ley 23 de 1981 y la sentencia C-213-07 en cuanto a la Ley 35 de 1989, que reiteraron el carácter administrativo disciplinario de la función asignada a los tribunales de ética que tales leyes crearon284. E igualmente lo ha concluido esta Sala tanto en función consultiva como al decidir conflictos de competencia administrativa; y también la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>285</sup>.

notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud dentro del mismo término". // Artículo 87. "El Ministerio de Salud, oído el concepto de la Federación Odontológica Colombiana, señalará la remuneración que corresponda a los miembros de los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar".

<sup>283</sup> Ley 266/96, artículo 12. "El Tribunal Nacional Ético de Enfermería estará integrado por siete (7) miembros, profesionales de enfermería, de reconocida idoneidad profesional y solvencia ética y moral, con no menos de diez (10) años de ejercicio profesional. Parágrafo. 1o. El Consejo Técnico Nacional de Enfermería elegirá a los miembros del Tribunal Nacional Ético de Enfermería y los presentará al Ministerio de Salud para su ratificación en un tiempo no mayor de 30 días, y para la asianación de recursos e iniciar su funcionamiento, en el año fiscal siquiente a la sanción de la presente ley".

<sup>284</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-620-08 (junio 25) - Referencia: expediente D-6996 y D-6997 / Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 63, 67, 73 y 87 (parcial) de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica./ Sentencia C-762-09 (29 de octubre) Referencia: expediente D-7607 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 80 y 81 de la Ley 23 de 1981./ Sentencia 213-07 (21 de marzo) Referencia: expediente D-6445 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 83 de la Ley 35 de 1989.

<sup>285</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1756 de 2006; Decisión del 5 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00036-00 (C); Decisión del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00116-00(C); y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 2 de septiembre de 2014, Expediente 2014-00541 (AC).

## 6.4. La integración de los tribunales

Las Leyes 23 de 1981 (artículos 64 y 68), 35 de 1989 (60 y 64) y 266 de 1996 (artículo 12) ordenan que los respectivos tribunales se integren con profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, esto es, con particulares.

Las Leyes 23 y 35 agregaron también que los mencionados particulares no se consideran servidores públicos por la asignación de la función de naturaleza pública. Aclaración que no se contiene en la Ley 266 sin que por ello pueda interpretarse que los miembros de los tribunales éticos de enfermería sean empleados públicos.

Se trata entonces de particulares encargados del ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa.

6.5. Los miembros de los tribunales en la organización y el funcionamiento de la administración pública y sus responsabilidades.

Tratándose de particulares en ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa, los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y sus miembros, son autoridades (artículo 2º de la Ley 1437 de 2011); forman parte de la organización de la administración pública (Ley 489 de 1998, artículo 2º); y profieren actos administrativos susceptibles de control judicial (Ley 1437 de 2011).

En virtud de la función y del nivel nacional correspondiente a su norma de creación, los tribunales en mención obligan con sus actuaciones a la Nación, dado que es esta la persona jurídica con capacidad para adquirir derechos y obligaciones que en consecuencia deberá responder por los daños que eventualmente deriven de las acciones u omisiones de los tribunales y sus miembros.

La responsabilidad de los miembros de los tribunales en comento, ya no es la que se predica de los particulares en los términos del artículo 6º de la Constitución. El ejercicio de la función pública los hace destinatarios de las normas que regulan las responsabilidades disciplinaria, fiscal, penal y patrimonial, especialmente adoptadas por el legislador para los particulares que ejercen funciones públicas, conforme se reseñó en el punto 3.4 de este concepto.

6.6. La concurrencia del Ministerio y de los tribunales para la defensa judicial de las decisiones dictadas en ejercicio de la función de inspección y vigilancia conferida por el legislador a los tribunales

La naturaleza administrativa de la función pública asignada por el legislador a los tribunales fundamenta el control por la vía judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de los actos definitivos que profieren los tribunales nacionales y seccionales o departamentales de ética médica, odontológica y de enfermería.

Los actos definitivos así como los resultados de los procesos judiciales en los que se debate su legalidad, son fuente de obligaciones para la persona jurídica Nación.

### Por consiguiente:

- El Ministro de Salud y Protección Social o el funcionario en el que haya delegado la representación judicial de la Nación, por conducto de apoderado, tiene la obligación legal de intervenir en los procesos en mención, en ejercicio de dicha representación, y está habilitado en la causa para intervenir en el proceso.
- De acuerdo con el medio de control, las actuaciones adelantadas por los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería, configuran la fuente tanto de las pretensiones del demandante frente a la parte demandada, como de una eventual condena a cargo de la Nación.

En consecuencia, no cabe duda de la obligación y el derecho del ministerio de promover la intervención del tribunal de ética correspondiente en el proceso, por ejemplo a través del llamamiento en garantía.

Por supuesto que las figuras procesales instituidas para la integración de las partes y la intervención de sujetos con interés en el proceso habrán de ser examinadas de acuerdo con las particularidades de cada proceso.

- Los tribunales de ética y sus miembros individualmente considerados, deben tener presente las responsabilidades institucionales y personales que implica el ejercicio de la función pública de inspección, vigilancia y control que el Estado les ha encomendado, así como la habilitación legal para intervenir en los procesos con la posibilidad de defensa de las actuaciones que profirieron y son el objeto del debate judicial.
- En todo caso, cuando "las actuaciones acusadas" provienen de los procesos disciplinarios y decisiones tomadas en el ejercicio de la función pública asignada a los Tribunales de Ética Médica, Odontológica o de Enfermería, es indiscutible el "interés directo en el resultado del proceso", tanto para el Tribunal como órgano colegiado como para cada uno de sus integrantes, de acuerdo con las expresas previsiones del CPACA relacionadas atrás.

## III. La Sala responde:

 ¿El Ministerio de Salud y Protección Social debe asumir la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, y si es el caso debe asumir el pago de condenas de carácter económico, teniendo en cuenta que esta entidad no ha manifestado su voluntad en los actos materia de controversia ante el Contencioso Administrativo? El Ministerio de Salud y Protección Social, y en particular el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con el inciso primero del artículo 159 del CPACA, tienen el deber de representar a la Nación en los procesos judiciales en los que se discutan decisiones proferidas por los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería.

Los tribunales, y sus miembros individualmente considerados, son sujetos con interés directo en el resultado del proceso en el cual se acusan las actuaciones y decisiones adelantadas en ejercicio de la "autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales", asignada en sus leyes de creación. De esta manera, están habilitados para comparecer en los procesos bajo las figuras de intervención reguladas en el CPACA, en armonía con el CGP.

El pago de la eventual condena, salvo decisión judicial en contrario, debe cumplirse con cargo al presupuesto del Ministerio de Salud y Protección Social, dada la relación sui generis de los tribunales con ese ministerio.

- 2. De considerarse que este Ministerio debe asumir en todo caso la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, ¿cuál es la responsabilidad que recae sobre los tribunales referidos frente al pago de una eventual condena de índole económica o cuando simplemente se disponga declarar la nulidad del acto demandado?
- 5. ¿En caso de que este Ministerio deba asumir el pago de condenas de carácter económico, la entidad estaría facultada para repetir contra los magistrados del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, que generaron el acto demandado y posteriormente anulado?

Se reitera la respuesta a la pregunta 1, en cuanto a la obligación del Ministerio y del Ministro de Salud y Protección Social de comparecer en los procesos en los que se debatan actuaciones de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, en representación de la Nación.

En caso de fallo adverso a la Nación, la eventual responsabilidad de los tribunales de ética en mención y de sus miembros, está vinculada a las consideraciones que sustenten las correspondientes decisiones judiciales, expuestas en la sentencia de anulación simple, o de anulación y restablecimiento del derecho, en favor de la parte demandante. Dicha responsabilidad se sujetará a las disposiciones legales que la regulan en los ámbitos disciplinario, penal, fiscal y patrimonial, según se explicó en este concepto, y estará sujeta a que se la derive con base en los ordenamientos procedimentales correspondientes.

El Ministerio está facultado por la Constitución y por la ley para ejercer la acción de repetición contra los miembros del tribunal de que se trate, bajo el entendido de que es requisito esencial para la prosperidad de la mencionada acción el que las actuaciones y decisiones que dan lugar al pago de condenas hayan sido realizadas con culpa grave o dolo.

- 3. ¿Carecen los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica de la capacidad procesal para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso?
- 4. ¿En el evento de que este Ministerio deba asumir la representación judicial de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, estos organismos podrían concurrir, ser vinculados o hacerse parte en el proceso Contencioso Administrativo?

Por las razones específicas que se derivan de la figura que los estatuye como particulares en ejercicio de función pública, en los términos explicados en este concepto, y de conformidad con los artículos 171 y 172 del CPACA, que han de armonizarse en cuanto corresponda con el CGP, los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica son sujetos con interés directo en los resultados de los procesos y, con el traslado de la demanda, si fuere el caso, quedan facultados para responderla, proponer excepciones, solicitar pruebas y en general para ejercer los derechos y asumir las cargas y responsabilidades procesales correspondientes.

El Ministerio siempre deberá considerar la posibilidad de hacer efectiva la intervención de los tribunales en los procesos, a través de las figuras procesales instituidas para el efecto, entre otros medios a través del llamamiento en garantía.

Los tribunales y sus miembros individualmente considerados, en atención al interés directo que les asiste en los resultados del proceso, podrán esgrimir el derecho que les asiste a defender sus actuaciones, mediante las formas legales que les permiten intervenir en calidad de terceros, en particular la de la impugnación.

6. Si en el marco de lo dispuesto en el numeral 43.1.8., del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, los Departamentos o Distritos deben asumir la financiación de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, ¿le corresponderá a dichos entes territoriales asumir la representación judicial de los mencionados tribunales?

La financiación de los tribunales departamentales y seccionales, que el legislador radició en la respectiva entidad territorial, no tiene como consecuencia que tales tribunales sean autoridades del nivel territorial, pues su origen es y continúa siendo legal, y por lo mismo son dependencias que ejercen de manera desconcentrada la inspección y vigilancia del ejercicio de la medicina, la odontología y la enfermería en el territorio nacional.

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

## 5. Autonomía, discrecionalidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas por la Superintendencia Nacional de Salud. Radicado 2332

#### Radicado 2358

Fecha: 12/12/2017

Consejero Ponente: Édgar González López

Levantamiento de la reserva mediante oficio 20181140038941 del 18 de enero de

2018 emitido por Minsalud

El señor Ministro de Salud y Protección Social solicita concepto sobre los eventos y las condiciones en los que la Superintendencia Nacional de Salud puede adoptar la medida administrativa de toma de posesión, para administrar o liquidar un agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

#### I. ANTECEDENTES

- La consulta presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social está referida, de manera general, a las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS) y, específicamente, a la potestad de adoptar la medida de toma de posesión que se deriva de aquellas.
- 2. Como marco legal y reglamentario de la potestad de la SNS para adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, el Ministerio relaciona las siguientes disposiciones: arts. 230 ss. de la Ley 100 de 1993; el artículo 68 de la Ley 715 de 2001; el art. 35 de la Ley 1122 de 2007 y el art. 68 de Ley 1753 de 2015.
- 3. Destaca el Ministerio que de acuerdo con el art 35 de la Ley 1122 de 2007, las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS comprenden diversos tipos de actuaciones, entre otras la inspección por medio de visitas, la revisión de documentos, el seguimiento, la advertencia, la orientación y asistencia, y las medidas administrativas dentro de las cuales se encuentra la adopción de la toma de posesión.
- 4. Finalmente, el Ministerio concluye que de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia:
- La SNS cuenta con "un amplio catálogo de medidas de que puede hacer uso, tendientes a conminar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores del Sistema, revocar o suspender las autorizaciones que la misma Superintendencia profiere e intervenir directamente para el adecuado ejercicio de las funciones de sus vigilados" y,
- (...) que los precedentes jurisprudenciales reiteran y desarrollan la autonomía y discrecionalidad de que dispone la SNS para la imposición de medidas asociadas a sus funciones de inspección, vigilancia y control".

A partir de este escenario jurídico, el Ministro de Salud y Protección Social formula las siguientes

#### **PREGUNTAS**

- 1. ¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?
- 2. ¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?
- 3. ¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?
- 4. Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?
- 5. ¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?

#### II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico central planteado a la Sala se orienta a determinar cuándo y bajo qué criterios procede la medida de toma de posesión para administración o liquidación, de una empresa objeto de vigilancia por parte de la SNS.

Para absolver este interrogante y los demás planteados por la consulta, la Sala considera necesario analizar los siguientes temas:

 La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones de inspección, vigilancia v control.

- 2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales y condiciones de procedencia de la medida.
- 3. La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.
  - 1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones inspección, vigilancia y control.

La atención de la salud es servicio público a cargo del Estado; este debe garantizar a todas las personas su acceso en las modalidades de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como también fijar las políticas necesarias para la prestación de los mismos por entidades privadas, de acuerdo a lo previsto en el art. 49 superior.

Dicho precepto constitucional guarda íntima relación con el art. 335 superior, que establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Igualmente, el art. 48 encuentra relación con los artículos 189-22 y 150-7 de la Constitución, los cuales establecen que le corresponde al Presidente de la República "Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos" y que es el legislador el encargado de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución.

En definitiva, por expreso mandato de los arts. 9 y 365 de la C.P., la seguridad social en salud es un servicio público sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, en cabeza del Presidente de la República.

Sin embargo, las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, esto es, por organismos técnicos y especializados capaces de efectuar con la eficacia y la exhaustividad requerida esta labor, bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con sujeción a la ley.

En materia de seguridad social en el sector salud, la función de inspección y vigilancia asignada al Presidente se ejerce a través de la SNS, organismo de carácter técnico creado por la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia son, entre otros: fijar las políticas de inspección vigilancia y control del SGSSS, exigir la observancia de los principios y fundamentos

del servicio público esencial de Seguridad Social en salud y promover el mejoramiento integral del mismo; proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud, y velar por la eficiencia en la generación recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de servicios de salud (art. 39 de la Ley 1122 de 2007).

De conformidad con los citados objetivos se podrían afirmar que, en términos generales, el ejercicio de las actividades de vigilancia y control a cargo de la SNS se dirige a asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines.

Para este propósito, la SNS ha sido investida con una serie de funciones y facultades, dentro de las cuales se encuentra la potestad de ordenar la toma de posesión para administrar o para liquidar a los agentes del SGSSS. Esta potestad fue concebida a partir de la Ley 100 de 1993 y se encuentra actualmente contemplada en el art. 7º del Decreto 2462 de 2003.

En cuanto a la naturaleza de la toma de posesión como instrumento para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS, se debe advertir que este mecanismo no es una medida administrativa de carácter sancionatorio, como sí sucede con la facultad de imponer multas por la violación del régimen del SGSSS o facultad de revocar o suspender la autorización para funcionar de las entidades vigiladas.

En su lugar, la naturaleza de la medida de toma de posesión -al igual que la de las demás medidas preventivas o de salvamento concebidas por el legislador para evitar la toma de posesión- corresponde más a la de una medida cautelar<sup>286</sup>, que tiene por objeto corregir situaciones económicas y administrativas, con el fin de poner la institución intervenida en condiciones de desarrollar su objeto social o de liquidarla cuando a juicio de la Superintendencia así se requiera para salvaguardar el interés público comprometido.

Al respecto, es importante recordar que la medida de toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario, cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general.

Así las cosas, la toma de posesión se convirtió en una de las fórmulas de saneamiento o salvamento más antiguas previstas por nuestro ordenamiento para contrarrestar los

<sup>286</sup> Se toma como criterio lo analizado por la doctrina en relación con la medida de toma de posesión regulada por el EOSF. Cfr., especialmente Gualy, Jesús Heraclio. Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, Julio de 2003. Sobre el particular Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. Cótedra de Derecho Bancario. Legis, Bogotá. 2000, pp. 457 ss.

casos de insolvencia o de iliquidez de las entidades financieras y colocarlas en condiciones de desarrollar su objeto social<sup>287</sup>. Con posterioridad, esta medida fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), expedido en abril de 1993 y actualmente modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

Es precisamente la regulación del EOSF, en la que parece haberse inspirado el legislador de la Ley 100 de 1993 al momento de contemplar la medida de toma de posesión para las entidades prestadoras de los servicios de salud, y las leyes sucesivas que han regulado esta figura en el SGSSS.

Por lo tanto, es oportuno resaltar que de acuerdo con EOSF, la figura de la toma de posesión está dirigida a desplazar la administración de la entidad financiera para establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto, o si se pueden adoptar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias (art. 115).

Igualmente, interesa señalar que en la estructura del EOSF la regulación de la toma de posesión se encuentra inmediatamente después del artículo 113, denominado "instrumentos de salvamento o protección de la confianza pública", en el cual se tipifican otras medidas dirigidas a contrarrestar la crisis económica y administrativa de las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en favor de los usuarios del sistema financiero y de la confianza pública en el mismo, las cuales permite precaver o contrarrestar los hechos que hacen procedente la adopción de la medida de toma de posesión.

De la misma manera, la toma de posesión consagrada en el régimen del SGSSS, se constituye en una medida dirigida a contrarrestar la crisis económica o la insolvencia de un determinado agente del mercado, con dos objetivos estrechamente relacionados: garantizar la correcta prestación de los servicios de salud como servicios públicos de carácter esencial para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, evitar el deterioro sistémico del SGSSS, que se puede generar con la pérdida de la confianza pública en el sistema (parágrafo 1, del art. 230 de la Ley 100 de 1993.

# 2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales de procedencia de la medida

La toma de posesión es uno de los instrumentos de inspección, vigilancia y control con los que cuentan algunas Superintendencias en nuestro país, con el fin de garantizar la correcta prestación de un servicio público, en el entendido de que el Estado tiene la obligación de intervenir en este campo para garantizar la satisfacción del interés general.

En el SGSSS, la figura de la toma de posesión de las empresas vigiladas por la SNS fue prevista por la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social

<sup>287</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. Cátedra de Derecho Bancario. Cit, p. 457.

Integral en Colombia y se regularon, entre otros aspectos, el régimen de inspección, vigilancia del SGSSS, por parte de la SNS.

En efecto, el art. 230 de la Ley 100 de 1993, consagró:

**"Artículo. 230. Régimen sancionatorio.** La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía.

El certificado de autorización que se le otorgue a las empresas promotoras de salud podrá ser revocado o suspendido por la superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

- 1. Petición de la entidad promotora de salud.
- 2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.
- 3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización.
- 4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa.
- 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el plan de salud obligatorio.

**Parágrafo 1º.** El gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente ley, protegiendo la confianza pública en el sistema.

**Parágrafo 2º.** La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica".

Como se puede observar, el artículo transcrito regula tres grupos de figuras que, aunque distintas, hacen parte de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS:

i) La facultad de la SNS para imponer multas en caso de incumplimiento del Régimen de seguridad social en salud -de naturaleza sancionatoria-.

\_

- La facultad de la Superintendencia para para revocar o suspender la autorización otorgada a las empresas promotoras de salud, en determinados eventos previstos en la misma normatividad y,
- iii) La individualización de las siguientes medidas de saneamiento, dirigidas a garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, protegiendo la confianza pública el SGSSS: procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, y toma de posesión para administrar o para liquidar.

En relación con la tercera de las figuras citadas, el art. 230 señaló expresamente que el Gobierno nacional reglamentaría la materia. Como se puede deducir, esta reglamentación tendría como objeto, entre otras, fijar las causales y condiciones de procedencia de estas medidas y el procedimiento aplicable para su adopción.

No obstante, por más de una década el Gobierno nacional guardó silencio al respecto, hasta que el legislador expidió la **Ley 715 de 2001**<sup>288</sup>, en la cual reiteró la exigencia de que el Gobierno reglamentara la figura de la toma de posesión para administrar o liquidar a los agentes del sector de la salud, en los siguientes términos:

"Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento. El Gobierno nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva".

 $(\ldots)$ 

**Artículo 68. Inspección y vigilancia.** La Superintendencia Nacional de Salud tendrá´ como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del

sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), privadas serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud.

Para el ejercicio de sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la jurisdicción coactiva, realizará el cobro de las tasas, contribuciones y multas a que hubiere lugar.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

<u>La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento.</u> (Subraya la Sala).

Como se puede extraer de las disposiciones transcritas, la Ley 715 de 2001 introdujo tres aspectos relevantes de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar a un agente del sector de la salud:

- i) Atribuyó expresamente la función de toma de posesión a la Superintendencia Nacional de Salud:
- ii) Amplió la individualización de agentes que pueden ser objeto de la toma de posesión: en efecto, mientras la Ley 100 se refiere a las empresas promotoras y prestadoras de los servicios de salud, la Ley 715 se refiere además a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, y a las direcciones territoriales de salud.
- iii) Sujetó la toma de posesión a la adopción, previa y obligatoria, de medidas de salvamento, aunque no identificó expresamente a que medidas hacía referencia.

No obstante, es posible deducir que la norma hace referencia a las medidas de saneamiento que fueron contempladas en el parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, al lado de la medida de la toma de posesión: esto es, los procedimientos de fusión, la adquisición, y la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas.

Cabe resaltar que a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993<sup>289</sup>, las citadas medidas, incorporadas en el art. 230 ibídem, habían sido contempladas en el EOSF<sup>290</sup> bajo la rúbrica "institutos de salvamento y protección de la confianza pública, en el artículo

<sup>289</sup> La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

<sup>290</sup> Decreto Ley 603 de 199, publicado el 2 de abril de 2003.

inmediatamente anterior al que contempla la toma de posesión (art. 113)<sup>291</sup>. En consecuencia, es posible deducir que el art. 230 de la Ley 100 de 1993 se inspiró en el art. 113 del EOSF, al momento de contemplar la aplicación de medidas de salvamento y la medida de toma de posesión a las empresas vigiladas por la SNS.

En este orden de ideas, es importante destacar que las medidas reguladas por el art. 113 del EOSF han sido definidas por la doctrina como:

"(...) medidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o autorizar, según el caso, con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla. Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero"<sup>292</sup>.

Ahora bien, nótese que el art. 68 de la Ley 715 de 2001, al utilizar el verbo "tendrá", estableció la obligación –y no la discrecionalidad– de la SNS para adoptar medidas de salvamento en la primera fase de la intervención de la entidad. Sin embargo, como se analiza más adelante, esta obligación fue modificada tácitamente por la Ley 1753 de 2015. Sobre el punto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, se debe señalar que en desarrollo de lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno nacional finalmente reguló – aunque parcialmente- la figura de la toma de posesión, a través de los Decretos 1015 y 3023 de 2002, así:

#### i) Decreto 1015 de mayo de 2002:

**Artículo 1°.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, <u>la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.</u>

#### ii) Decreto 3023 de diciembre de 2002:

<sup>291</sup> En el art. 113 del EOSF se contemplaban, además de la fusión, la adquisición, la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas, las figuras de la vigilancia especial, la recapitalización, la administración fiduciaria y la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. Posteriormente, el art. 19 de la Ley 510 de 1999, mediante el cual se adicionó el art. 113 del EOSF se introdujeron en el régimen financiero cuatro nuevas modalidades de medidas preventivas, a saber: los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; y la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil. Finalmente, los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003 consagraron dos nuevos mecanismos preventivos de la toma de posesión. Uno de ellos es la exclusión de activos y pasivos, y el otro, los programas de desmonte progresivo.

<sup>292</sup> Gualy, Jesús Heraclio. Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, julio de 2003.

**Artículo 1º.** La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan. (Subraya a la Sala).

Como se puede observar, el Decreto 3023 de 2002 estableció que la medida de toma de posesión para liquidación debe ser adoptada teniendo en consideración la gravedad y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

De esta disposición se deduce entonces la consagración de una causal genérica para la procedencia de la toma de posesión de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y en las Administradoras del Régimen Subsidiado (en adelante ARS): esto es, la existencia de una falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Al respecto, nótese que el Decreto 3023 de 2002 se refiere exclusivamente a la medida de "toma de posesión para la liquidación de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo, en las EPS y en las ARS.

Ahora bien, tanto el Decreto 3023 de 2002 como el Decreto 1015 del mismo año remiten al procedimiento previsto EOSF para la adopción de la medida de toma de posesión: el primero, para la medida de toma de posesión "para liquidar" un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS y el segundo, para la medida de toma de posesión "para administrar o liquidar" a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, EPS e IPS de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud.

De manera adicional, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, el Decreto 1566 de 2002, reglamentario del art. 230 de la Ley 100 de 1993, impuso a la SNS la obligación de obtener concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, con posterioridad a los decretos reglamentarios de los arts. 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2462 de 2013<sup>293</sup>, que regula la naturaleza, estructura y funciones de la SNS, individualizó la toma

<sup>293</sup> Decreto que regula actualmente la naturaleza, estructura, objetivos y funciones de la SNS.

de posesión como una de las funciones a cargo del despacho del Superintendente Nacional de Salud, así:

#### "Art. 7. Funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud:

*(…)* 

13. Ordenar la toma de posesión y la correspondiente intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar a los sujetos vigilados que cumplan funciones de explotación o administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB) o las que hagan sus veces o prestadores de servicios de salud de cualquier naturaleza; así como intervenir técnica y administrativamente las Direcciones Territoriales de Salud, cualquiera que sea la denominación que le otorgue el Ente Territorial en los términos de la ley y los reglamentos".

Finalmente, la **Ley 1753 de 2015,** mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, preceptuó:

"Artículo 68. Medidas especiales. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión <u>y</u> ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Nacional de Salud <u>podrá ordenar o autorizar</u> a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que <u>trata el artículo 113 del mismo Estatuto</u>, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

Con cargo a los recursos del Fosyga- Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

*(...)*.

El Gobierno nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo". (Subraya la Sala)

De esta disposición se extraen las siguientes conclusiones:

Siempre que se verifique alguna de las causales previstas en el art. 114 del EOSF (el cual consagra las causales para la adopción de la medida de toma de posesión en el sector financiero), la SNS "podrá" ordenar o autorizar las medidas de salvamento y protección de la confianza pública previstas en el art. 113 del mismo Estatuto<sup>294</sup>, a saber: la vigilancia especial; la recapitalización; la administración fiduciaria; la fusión y la cesión total parcial de activos y contratos; la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución; los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil; la exclusión de activos y pasivos, y los programas de desmonte progresivo.

Imperioso resulta destacar, además, que el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 modificó tácitamente la "obligación" que tenía la SNS de adoptar medidas de salvamento previa a la adopción de la medida de toma de posesión, al tenor de la siguiente disposición del art. 68 de la Ley 715 de 2001: "(...) la intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento".

En efecto, cuando en el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 el legislador incorporó el verbo "podrá" en lugar de "tendrá", dejó a discrecionalidad y no como obligación de la SNS, la adopción de instrumentos de salvamento, previa a la adopción de la medida de toma de posesión.

En definitiva, la SNS tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, si ante la ocurrencia de determinados hechos que encajan en alguna de las causales para la adopción de la medida de toma de posesión, reguladas en el art. 114 del EOSF, es necesario adoptar alguna de las medidas de salvamento reguladas por el art. 113 ibídem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, la Sala considera oportuno detenerse en la segunda conclusión relevante que se extrae del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, esto es: que las causales previstas en el art. 114 del EOSF son aplicables a la medida de toma de posesión del SGSSS.

Al respecto, se advierte cómo, una interpretación literal del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 pareciera dar a entender que cuando se verifica alguna de las causales previstas en el art. 114 ibídem para adoptar la medida de toma de posesión, la SNS solo podrá adoptar los instrumentos de salvamento y protección de la confianza pública previstos en el art. 113 ibídem, pero no la medida de toma de posesión en sí misma considerada.

No obstante, la Sala observa la necesidad de realizar una interpretación sistemática, teleológica y útil del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, en armonía con las normas que regulan la medida de toma de posesión en el SGSSS, especialmente, con el interés jurídico

<sup>294</sup> El art. 113 del EOSF fue adicionado por el art. 19 de la Ley 510 de 1999 y los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003, en las que se extendieron las medidas de salvamento y protección de la confianza pública, tal y como se describen a continuación en el texto.

tutelado por esta medida: esto es, salvaguardar la prestación del servicio de salud con el fin de garantizar los derechos de los usuarios y la confianza pública en el SGSSS.

En este sentido, se puede afirmar que si la finalidad del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 es que ante la ocurrencia de cualquiera de los hechos que dan lugar a la toma de posesión de conformidad con el art. 114 del EOSF, la SNS pueda adoptar uno o varios de los instrumentos de salvamento previstos en el art. 113 ibídem, con mayor razón "pueda" o "deba"<sup>295</sup> adoptar la medida de toma de posesión, en garantía de los mismos objetivos que persiguen las medidas de salvamento, esto es salvaguardar la adecuada prestación de los servicios de salud, protegiendo confianza pública en el SGSSS.

En definitiva, a juicio de la Sala, una adecuada hermenéutica del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 permite concluir que, a partir de la Ley 1753 de 2015, las causales de toma posesión del art. 114 del EOSF, también aplican para la adopción de esta medida por parte de la SNS.

Así las cosas, es relevante señalar que el art. 114 del EOSF, adicionado por el art. 20 de la Ley 510 de 1999 y el art. 32 de la Ley 795 de 2003, distingue entre las causales que dan lugar a una medida de toma de posesión que se podría denominar "discrecional" y a unas causales que dan lugar a una medida de toma de posesión "obligatoria".

En relación con las primeras, el numeral 1 del art. 114 preceptúa:

- "1. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor:
- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
- c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
- e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
- f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y,
- g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.

- h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;
- i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto;
- j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados". (Subraya la Sala).

En relación con las segundas, el numeral 2 del art. 114 ibídem establece:

- "2. La Superintendencia Bancaria deberá tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos:
- "a) Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado;
- b) Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i)". (Subraya la Sala).

Como se analizó previamente, al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 estas causales de toma de posesión son aplicables a la adoptada por la SNS. Vale la pena agregar, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Especialmente, en relación con las causales en virtud de las cuales la SNS "debe" adoptar una medida de toma de posesión, según el numeral 2 del art. 114 del EOSF, la Superintendencia tendrá que determinar si la empresa vigilada está sujeta a normas sobre patrimonio adecuado, como sucede por ejemplo con las EPS de acuerdo con el art. 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016<sup>296</sup>, o si expiró el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplieron las metas de los mismos, de conformidad con las normas que regulan el SGSSS.

Finalmente, teniendo en cuenta las preguntas formuladas por la consulta, la Sala considera relevante detenerse en la sigiente causal que da lugar a la adopción discrecional de la medida de toma de posesión, de conformidad con el literal e) del art. 114 del EOSF, esto es, la violación reiterada de los estatutos y la ley.

Como se puede observar, al tenor de esta causal de toma de posesión es evidente que el incumplimiento de las obligaciones que la ley o los estatutos le impone a una entidad

<sup>296</sup> Decreto por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

vigilada por la SNS, le abre la posibilidad a la Superintendencia para adoptar la medida de toma de posesión.

No obstante, nótese que de acuerdo con la misma norma, la Superintendencia deberá constatar, en cada caso concreto, que se trata de un **incumplimiento reiterado** de las obligaciones de la entidad vigilada, toda vez que la causal solo se configura cuando la entidad vigilada ha **persistido** en el incumplimiento de sus cargas u obligaciones.

Lo anterior, sin perjuicio de que, con el incumplimiento de las obligaciones de la entidad vigilada, se configure automáticamente otra de las causales de procedencia de la medida de toma de posesión, consagradas en el numeral 1 del art. 114 ibídem.

En todo caso, siempre que se trata de la causales prevista en el numeral 1 ibídem, la adopción de la medida de toma de posesión es una decisión discrecional de la SNS, que debe estar guiada por el objetivo de salvaguardar la adecuada prestación del servicio de salud y la correcta gestión financiera de los recursos del SGSSS, potegiendo la confianza pública en el sistema. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

### **Conclusiones**

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En términos generales, la medida de toma de posesión de una entidad vigilada por la SNS, sea para administrar o para liquidar, cuenta con las siguientes características y requisitos:

- i) Tiene como objetivo garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS (art. 230 de la Ley 100 de 1993).
- ii) Puede consistir en una intervención para la administración o para liquidación de la entidad vigilada (Ley 715 de 2001).
- iii) Previa la adopción de la medida de toma de posesión, la SNS podrá adoptar, a su juicio, una o varias de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, que tienen como fin de garantizar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del SGSSS y, por esta vía, precaver la adopción de la medida de toma de posesión en favor de los usuarios (art. 68 de la Ley 1573 de 2015).
- iv) De acuerdo con la remisión realizada por el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 al EOSF, la adopción de la medida de toma de posesión puede ser:
  - a. Discrecional, cuando ante la ocurrencia de una o varias de las causales previstas en el numeral 1, del art. 114 del EOSF, la SNS está en la facultad de valorar la necesidad y proporcionalidad de adoptar la medida de toma de posesión y,

b. Obligatoria, cuando la ocurrencia de la causal obliga a la SNS a implementar la medida

De manera adicional, la toma de posesión para liquidación de algunas entidades vigiladas por la SNS, cuenta con las siguientes características y requisitos especiales:

- i) Cuando se trata de la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, la medida puede ser adoptada por la SNS siempre que se presente una falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud, previa evaluación del grado y la causa de aquella (Decreto 3023 de 2002), lo que implica un examen detallado de la entidad y la gravedad de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio.
- ii) Por otro lado, cuando se trata de una medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de entidades promotoras de salud de carácter público, la SNS tiene la carga de obtener el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

# 3. La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión

Como se deduce del anterior contexto normativo, la SNS tiene la discrecionalidad y no la obligación de adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 ibídem.

Al respecto, es importante recordar que el art. 44 del CPACA preceptúa:

"En la medida en que <u>el contenido de una decisión de carácter general o particular sea</u> <u>discrecional</u>, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". (Subraya la Sala).

Adicionalmente, esta disposición se encuentra en concordancia con el art. 209 superior, que regula los principios que gobiernan la función administrativa:

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

En relación con los actos discrecionales de la administración, la Corte Constitucional ha señalado:

"La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA"<sup>297</sup>.

De igual forma, la Corte ha señalado que la existencia de facultades discrecionales creadas por la ley, en ningún caso puede ser entendida como el otorgamiento de poderes absolutos a los entes públicos. Una situación como esa conduciría a la violación de principios de rango constitucional, a los cuales se hizo alusión en el capítulo anterior. Al respecto esta Corporación dijo:

"Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa" 298.

En suma, si bien la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es un acto discrecional de la SNS, esta no es de carácter absoluto o arbitrario; por el contrario, esta discrecionalidad impone a la Superintendencia la obligación de valorar en forma razonable y proporcional la necesidad y oportunidad de adoptar la medida de toma de posesión, previa verificación de los hechos que sustentan la medida y teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen con esta, de conformidad con la ley y el reglamento.

Por ello, se debe recordar que acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, los objetivos de la medida de toma de posesión de los agentes del SGSSS son: garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el SGSSS, pues solo preservando la correcta prestación del servicio de salud a los usuarios de una empresa que se encuentra en crisis económica y administrativa, se precave el riesgo sistémico de que se pierda la confianza pública en el SGSSS.

Ahora bien, importa destacar que al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, la discrecionalidad de la SNS en relación con la medida de toma de posesión, también se extiende a la facultad de optar por otras medidas de salvamento, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

En efecto, de conformidad con el art. 68 de la Ley 1753 de 2015, cuando se presenta alguna de las causales de toma de posesión señaladas en el art. 114 del EOSF, la SNS tiene

<sup>297</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU. 917 de 2010.

<sup>298</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 204 de 2012.

la discrecionalidad de adoptar algunas de los instrumentos de salvamento consagradas en el art. 113 del FOSE

En este orden de ideas, cabe resaltar que la toma de posesión es una medida "extrema", si se entiende por tal aquella que procede ante la ocurrencia de hechos que afectan en forma particularmente grave el interés público tutelado por la SNS, específicamente, la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el sistema.

Por lo tanto, ante la ocurrencia de alguna de las causales de toma de posesión previstas en el numeral 1 del artículo 114 del EOSF, la SNS tiene la obligación de verificar en forma detallada y exhaustiva los hechos que sustentan la medida; la necesidad y proporcionalidad de su adopción e, incluso, si es conveniente adoptar o no alguna de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

Por el contrario, no es posible afirmar que la medida de toma de posesión es una "medida extrema", en el entendido que solo procede cuando se han agotado previamente las medidas de salvamento prevista en el art. 113 del EOSF, pues como ya se analizó, esta decisión es discrecional de la SNS.

Finalmente, cabe resaltar que el carácter extremo de la medida de toma de posesión, en cualquiera de las acepciones antes mencionadas, no se deduce de lo analizado en la sentencia C-780 de 2001, como parece sugerirlo el Ministerio de Salud y Protección Social en la formulación de cuarta pregunta de la consulta.

En efecto, la citada sentencia analiza la constitucionalidad del precepto legal que, para efectos de la constitución de una entidad financiera, prohíbe al Superintendente Bancario (hoy Superintendente financiero) autorizar la participación de los revisores fiscales que actuaban en el momento de la toma de posesión con fines de liquidación de una entidad financiera. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) los límites de configuración legislativa de los hechos punibles y de las faltas administrativas y, ii) La necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que se podía o no predicar de la inhabilidad contenida en la norma demandada, teniendo en cuenta el derecho del revisor fiscal a tener un trata igualitario y el objetivo de proteger principios y valores como la transparencia, la eficacia o el interés general en los procesos de constitución de las entidades financieras.

En consecuencia, nada tiene que ver esta sentencia con las condiciones en las cuales se debe adoptar la toma de posesión, como mecanismo de salvamento de una entidad sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado.

Con base en las consideraciones expuestas,

## III. La Sala responde

1. ¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?

Para dar respuesta a esta pregunta la Sala considera importante hacer la siguiente distinción.

## i) De conformidad con las causales que permiten adoptar discrecionalmente la medida de toma de posesión

Cualquier incumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, no genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión. Siempre que se verifique una de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 del EOSF, especialmente la relativa a la violación reiterada de las obligaciones que la ley o el reglamento le impone a las entidades vigiladas por la SNS, la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es discrecional de esta entidad de vigilancia y control.

En todo caso, la decisión de la SNS deberá ser adoptada previa comprobación de los hechos que configuran la causal de toma de posesión y de un análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida, siempre guiada por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS.

## De conformidad con las causales que hacen obligatoria la adopción de la medida de toma de posesión

El incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión, siempre que con ese incumplimiento se configure alguna de las causales que dan lugar a la obligación de adoptar la medida de toma de posesión, de conformidad con el numeral 2 del art. 114 del EOSF.

Lo anterior, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Específicamente, en relación con la causal señalada en el literal a) ibídem, en el entendido que la entidad vigilada esté sujeta a normas sobre patrimonio adecuado y, en relación con la causal prevista en el literal b) ibídem, bajo el presupuesto de que haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, de conformidad con las normas que rigen el SGSSS.

## iii) Disposiciones especiales para la adopción de la medida de toma de posesión, para liquidar un ramo del régimen de subsidiario o contributivo en las EPS y ARS o para liquidar una EPS de carácter público.

De manera adicional a lo expuesto en los numerales anteriores, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 3023 de 2002, la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las

EPS y en las ARS, debe tener en cuenta especialmente la gravedad y la causa de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Finalmente, de acuerdo con el Decreto 1566 de 2002, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, exige de la SNS obtener un concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

2. ¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?

Sí. La confianza pública en el SGSSS debe ser tenida en cuenta por la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión para administrar o liquidar una entidad sujeta a su vigilancia y control, pues al tenor del art. 230 de la Ley 100 de 1993, este es uno de los objetivos que debe perseguir la entidad de inspección, vigilancia y control al momento de adoptar la medida de toma de posesión, en estrecha relación con el objetivo de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los usuarios del sistema.

3. ¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?

La toma de posesión es una medida extrema, en cuanto debe ser adoptada por la SNS cuando ocurran hechos graves que afecten de manera importante el interés público tutelado por esta medida administrativa, específicamente, los contemplados en las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, previa la comprobación de los hechos que sustentan la medida.

Ahora bien, la adopción de esta medida exige un examen de proporcionalidad y razonabilidad, que incluye la posibilidad de adoptar otros instrumentos preventivos o de salvamento, que podrían evitar o precaver la adopción de la medida de toma de posesión, especialmente, las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF. Este examen siempre deberá estar guiado por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y la confianza pública en el SGSSS.

4. Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?

La Sala observa que los actos administrativos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, cuando se considere que los mismos adolecen de una o varias de las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter general y particular, al tenor de los arts. 137 y 138 del CPACA, entre ellos la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo, la falsa motivación o la desviación de poder.

De manera adicional, se destaca que los actos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo por violar específicamente las condiciones en que deben ser expedidos los actos discrecionales, según lo preceptuado en el art. 44 del CPACA.

5. ¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?

En el análisis de proporcionalidad que debe realizar la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión, respecto a una situación fáctica evidenciada, la eventual imposición de la medida debe tener en cuenta los objetivos para los cuales ha sido consagrada la toma de posesión de conformidad con la ley, esto es, preservar la efectiva prestación del servicio público de salud, garantizando la confianza pública en el sistema (parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993).

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

6. Acto Legislativo 2 de 2015. Transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Continuidad en el ejercicio de sus funciones. La norma de transición es constitucional en tanto es temporal. La permanencia indefinida en empleos de período fijo resulta contraria a la Constitución Política.

#### Radicado 2378-2327 AD

Fecha: 18/06/2018

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante oficio 18-0019628 DJU1500 del 12 de julio de 2018

El señor Ministro de Justicia y del Derecho solicita a la Sala la ampliación del concepto con radicación interna 2327, de fecha 24 de abril de 2017<sup>299</sup>, con el fin de establecer la viabilidad de la continuación o del retiro de quienes se desempeñaban como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, en virtud de las declaraciones de nulidad de los actos administrativos que regulaban la convocatoria pública, la selección y la conformación de las ternas para el proceso de elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

#### I. ANTECEDENTES

El señor Ministro destaca que en el concepto de fecha 24 de abril de 2017 –en adelante concepto 2327– rendido a solicitud del mismo despacho ministerial, esta Sala:

- definió que la función disciplinar radicada en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial –creada por el Acto Legislativo 2 de 2015 como órgano autónomo– sería ejercida con carácter transitorio por los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1 de julio de 2015, hasta tanto se surtieran los procedimientos para la conformación de la referida Comisión;
- (ii) aclaró que el parágrafo transitorio del artículo 257 A es una norma que contiene mandatos temporales orientados a facilitar el desarrollo y la aplicación de las modificaciones institucionales, y que se trata de una norma de igual jerarquía a las normas permanentes;
- (iii) señaló que los plazos establecidos en las normas de transición asignan deberes y no competencias, por lo cual su vencimiento implica el incumplimiento de un deber, mas no la pérdida de competencia de las autoridades correspondientes;
- (iv) concluyó que como el parágrafo transitorio del artículo 257 A es una norma de transición, "la mayor permanencia en el ejercicio de funciones no puede enten-

<sup>299</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de abril de 2017, Radicación interna 2327, Número Único 111001-03-06-000-2017-0013-00, Referencia: Acto Legislativo 2 de 2015. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Norma de transición. Continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sujeta a plazo y condición.

derse como una ampliación o prórroga del período de 8 años y tampoco torna el período fijo en un periodo indefinido".

La nueva consulta se fundamenta en que los procesos de nulidad por inconstitucionalidad de las reglamentaciones expedidas para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ya fueron resueltos así:

- (i) En sentencia del 5 de diciembre de 2017<sup>300</sup> la Sala Plena declaró la nulidad del Decreto 1189 de 2016 porque el artículo 126 constitucional exige que la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial esté precedida por una convocatoria pública regulada por la ley.
- (ii) Con el mismo argumento, en sentencia del 6 de febrero de 2018<sup>301</sup>, la Sala Plena declaró la nulidad del Acuerdo PSAA16-10548 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Manifiesta la consulta que "esta situación presenta elementos fácticos y jurídicos que permitirían dar un nuevo alcance al concepto". En consecuencia solicita la ampliación del concepto de mayo de 2017 y, "a manera de complementación, como a la fecha no se ha expedido la susodicha ley", formula las siguientes

#### PREGUNTAS:

- ¿Afecta el equilibrio de poderes y el diseño institucional de la Constitución Política que los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúen en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su período constitucional?
- Considerando que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debían ser elegidos en el período comprendido entre el 1 de julio de 2015 y el 1 de julio de 2016 y que a la fecha no existe el procedimiento para la elección de las ternas, ¿es posible que los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria sean removidos de sus cargos en cumplimiento de su período constitucional o estar en provisionalidad?
- En el evento en que se genere la vacancia en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ¿qué procedimiento debe surtirse para proveer dicho cargo?

<sup>300</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Resuelve los procesos acumulados bajo la radicación No. 11001-03-24-000-2016-00484-00(Al), demanda de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2.2.4.3 del Decreto 1189 de 2016, que adicionaba un Título al Decreto 1081 de 2015, (Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República), en relación con el trámite de convocatoria para integrar las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República; y Rad. No. 11001-03-24-000-2016-00475-00, demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la totalidad del mismo Decreto 1189.

<sup>301</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del seis (6) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Rad. No. 11001-03-24-000-2016-00480-00(Al). Decide las demandas de nulidad por inconstitucionalidad (acumuladas) contra el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016, "Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

#### II. CONSIDERACIONES:

## 1. Los antecedentes de la solicitud de ampliación

## 1.1. La consulta original

El Acto Legislativo 2 de 2015, por el que se adoptó "una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional", incluyó la organización de la Rama Judicial en los artículos 15 a 19 que modificaron los artículos 254, 255, 256 y 257 originales de la Carta, de manera que (i) se suprimió el Consejo Superior de la Judicatura; (ii) se diseñó un sistema de gobierno y administración de la Rama Judicial integrado por el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial; y (iii) se creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, y también de los abogados en ejercicio de la profesión salvo que la ley atribuya tal función a un Colegio de Abogados.

La consulta se centró en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 que creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, dispuso su integración e incluyó un parágrafo transitorio que (i) fijó el plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia del mismo acto legislativo<sup>302</sup>, para que fueran elegidos los integrantes de la mencionada Comisión Nacional; (ii) indicó que una vez posesionados sus miembros, la Comisión asumiría el conocimiento de los asuntos a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria; y (iii) dispuso que "...los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

La consulta citó el Auto 278 de 2015<sup>303</sup> en el que la Corte Constitucional afirmó que en virtud de las normas transitorias previstas en el Acto Legislativo 2 de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se encontraba "plenamente habilitada para ejercer no solo la función jurisdiccional disciplinaria sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela", mientras no se posesionaran los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por lo cual, también continuaba con la función de dirimir los conflictos de competencias entre jurisdicciones que el artículo 14 del citado acto legislativo asignó a la Corte Constitucional.

La consulta reseñó los autos del 23 y el 24 de noviembre de 2016, que suspendieron provisionalmente el Acuerdo PSAA16-10548 de 2016 y el Decreto 1189 de 2016, reglamentarios de la conformación de las ternas que debían integrar, respectivamente, el Consejo

<sup>302</sup> La fecha de vigencia del acto legislativo es el 1º de julio de 2015, porque el artículo 26 del mismo acto legislativo ordenó que entrara a regir desde su promulgación, hecho que se dio con la publicación en el *Diario Oficial* No. 49.560 del miércoles 1º de julio del 2015.

<sup>303</sup> Corte Constitucional, Auto 278 de 2015 (9 de julio) Referencia: C.J. 001. Conflicto de colisión negativo de competencia entre jurisdicciones, propuesto por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá al Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias de las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional de la misma ciudad. "De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no (sic) se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no solo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintos jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela" (La negrilla es de la cita hecha en la consulta).

Superior de la Judicatura y el Presidente de la República, para que el Congreso de la República eligiera los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial<sup>304</sup>.

Ambas decisiones judiciales se sustentaron en que las convocatorias públicas ordenadas en el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 debieron ser regladas por la ley, de conformidad con el artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del mismo acto legislativo.

En criterio del ministro consultante, la continuidad de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el acto legislativo en cita, podía entenderse como una opción razonable dentro del plazo de un año señalado en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo en cita para la transición prevista por el constituyente; pero las decisiones judiciales hacían que no fuera posible cumplir el plazo y el Estado había quedado con un grupo de funcionarios en ejercicio sin período definido, aunque habían sido elegidos para un período de ocho años.

Asimismo planteó dos alternativas de interpretación: (i) por el vencimiento del plazo fijado en el parágrafo transitorio para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no pueden ni deben continuar ejerciendo sus funciones; o (ii) que al margen del plazo los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuarán indefinidamente ejerciendo sus funciones.

## 1.2. El pronunciamiento de la Sala

El concepto 2327 emitido por la Sala, que ahora se solicita ampliar, se fundamentó especialmente en las Sentencias C-285-16 y C-373-16 que decidieron de fondo algunas de las demandas de inconstitucionalidad – total o parcial - instauradas contra el Acto Legislativo 2 de 2015. <sup>305</sup> Con base en dichas sentencias, la Sala concluyó:

"(i) El artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 creó, dentro de la estructura de la Rama Judicial, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, encargada de la función disciplinaria sobre los empleados y funcionarios judiciales y sobre los abogados.

Dicho artículo fue incorporado al estatuto constitucional como artículo 257 A.

(ii) El artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015 derogó tácitamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria; por razón de la derogatoria, la inexequibilidad de dicho

Decreto 1189 de 2016 (julio 19) "Por el cual se adiciona un título al Decreto 1081 de 2005, "por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República", en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República" / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. El Auto del 24 de noviembre de 2016 resolvió adicionar el auto admisorio de la respectiva demanda. // Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA16-10548, julio 27 de 2016, "Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial". / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. El Auto del 23 de noviembre de 2016 también resolvió adicionar el auto admisorio de la respectiva demanda.

<sup>305</sup> En dicho concepto se advirtió que para entonces cursaba otra demanda contra la totalidad del acto legislativo, por vicios de forma. Hoy se conoce el Comunicado No. 15 del 2 de mayo de 2018, que informa sobre la Sentencia C-029-18 de la misma fecha, en la cual se resolvió: "... Segundo. Declarar EXEQUIBLES las disposiciones del Acto Legislativo 02 de 2015 que no habían sido declaradas INEXEQUIBLES en las sentencias C-285 y C-373 de 2016, por los cargos analizados".

artículo 15 solo revivió parcialmente el texto del artículo 254 original, lo que hizo necesario ajustar la estructura de la administración de la Rama Judicial, acorde con el propósito del constituyente, así: el Consejo Superior de la Judicatura ya no se integra por dos Salas sino por 6 magistrados y cumple las funciones de la Sala Administrativa y las de la Sala Plena del Consejo Superior original relativas a asuntos de administración de la Rama Judicial.

- (iii) La operatividad de las transformaciones institucionales requería de medidas transitorias, que fueron adoptadas en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015. Dichas medidas son constitucionales.
- (iv) En virtud de la transición, las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan a cargo de los magistrados que la integraban el 1º de julio de 2015, "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", lo cual debía ocurrir dentro del plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo, es decir, entre el 1º de julio de 2015 y el 1º de julio de 2016. Lo dicho, sin perjuicio de que en la misma sentencia se mencione a la Sala como titular de las funciones".

También señaló que el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 –actual artículo 257 A de la Constitución– es una norma vigente en el ordenamiento constitucional y que, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, el vencimiento del plazo que en dicho parágrafo se establecía para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no inhibía los demás asuntos tratados en la norma.

En ese sentido se enunció y fundamentó que "la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la consecuente necesidad de establecer las condiciones de tiempo y modo para que otras autoridades asumieran sus funciones, requerían de un mecanismo de transición".

De manera explícita afirmó esta Sala que:

"... En la práctica, más que la permanencia de los magistrados, la transición es la continuidad de la Sala en cuestión".

Afirmación basada en que con el mecanismo adoptado se garantizó la continuidad de las funciones relativas a la potestad disciplinaria y a la definición de conflictos de competencia entre jurisdicciones, asignadas a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en la Constitución de 1991, más el conocimiento de las acciones de tutela que asumió la misma Sala con fundamento en su naturaleza jurisdiccional<sup>306</sup>.

Finalmente, en el concepto 2327 se hicieron las siguientes apreciaciones, conclusiones y recomendaciones:

<sup>306</sup> Como se advirtió en el concepto 2327, en razón del Acto Legislativo 2 de 2015 y de su texto definido en la sentencia C-283-16, las funciones que le correspondían a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como integrante de la Sala Plena del original Consejo Superior de la Judicatura, quedaron radicadas en el órgano actual del mismo nombre.

"Para la Sala, el correcto acatamiento a la voluntad del constituyente derivado implica considerar como esencial -para efectos hermenéuticos y operacionales, y para el ejercicio de las competencias de los distintos poderes públicos-, garantizar el mejor cumplimiento de la función disciplinar sub examine. En ese sentido, llama la atención sobre la imperiosa necesidad de proveer a efectos de impedir que la prolongación de la actual situación de interinidad e indefinición dé por resultado la afectación de la mencionada función.

De otra parte, el periodo de ocho años para el cual fue elegido cada uno de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015 era de origen constitucional, pues así estaba dispuesto en el artículo 254 original de la Constitución de 1991.

En virtud de la inexequibilidad del artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015 que había sustituido el contenido del artículo 254 original, y de la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el nuevo artículo 254 constitucional se refiere al Consejo Superior de la Judicatura vigente, a su integración y al período de 8 años de sus integrantes.

La ausencia de norma constitucional respecto del período de quienes permanecen en ejercicio de las funciones de la derogada Sala Jurisdiccional Disciplinaria simplemente reafirma su transitoriedad, fundamentada en la igual jerarquía que, conforme al precedente de la jurisprudencia constitucional, tienen las normas permanentes y las normas transitorias.

### **Conclusiones y recomendaciones:**

- 1. El numeral 2 del artículo 254 de la Constitución de 1991 que contemplaba la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fue derogado por el artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015, en armonía con el artículo 19 del mismo Acto. Tal derogatoria operó en los precisos términos de la sentencia C-285-16. No obstante, como consecuencia de la transición establecida en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución, que mantuvo sujeta a plazo y condición las competencias de la sala y de los magistrados que la integraban, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúa virtualmente en ejercicio de las funciones que le eran propias, hasta tanto tomen posesión los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.
- 2. Mientras se resuelven las situaciones que actualmente inciden en la actividad de las autoridades mencionadas y, por consiguiente, en la elección y posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los magistrados de la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan en ejercicio de las funciones que eran de la Sala por un tiempo que excede el del período constitucional de ocho años para el cual cada uno había sido elegido, sin que la extensión de su permanencia pueda interpretarse o tenga el alcance de modificar el mencionado período de 8 años<sup>307</sup> como tampoco trocar en indefinido un cargo de período fijo.

<sup>307</sup> Para la época de la elección el período estaba establecido en el artículo 254 de la Constitución de 1991. Ahora está solo en la Ley 270 de 1996, como se indicó atrás.

4. La permanencia de los magistrados está clara y expresamente sujeta a la posesión de quienes integren el nuevo órgano disciplinar.

En este punto, sin embargo, la Sala encuentra pertinente señalar que, dada su calidad de funcionarios de la Rama Judicial, les son aplicables las disposiciones de la Ley 270 de 1996 en cuanto a las causales de retiro del servicio –excepción hecha del vencimiento del período– que pueden tener ocurrencia antes de que sean resueltas las dificultades que en la actualidad impiden la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial<sup>308</sup>.

## 2. El problema jurídico actual

Conforme lo expresa la solicitud de ampliación y complementación que ahora ocupa a la Sala, quedaron en firme las sentencias dictadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que anularon los reglamentos expedidos respectivamente por el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura para la conformación de las ternas y la posterior elección por el Congreso de la República de los miembros de la Comisión Nacional de Defensa Judicial.

Las decisiones judiciales sustentaron el deber de expedir una ley estatutaria acorde con el actual artículo 126 de la Constitución.

Tales decisiones implican, en la práctica: (i) la imposibilidad de determinar con certeza la fecha en la que se integrará la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y (ii) tornar indefinida –indefinible en el tiempo- la permanencia en los cargos de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de quienes los desempeñaban cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015.

Ambas situaciones – la indeterminación sobre la conformación de la Comisión y la extensión de la permanencia en cargos que tienen período fijo para su ejercicio – chocan con la naturaleza temporal de los mecanismos de transición que se adoptan para facilitar cambios en la legislación y en las instituciones y de las normas que los consagran; y, para el caso concreto, en criterio del señor ministro consultante reflejado en las preguntas que se formulan a la Sala, al parecer podrían afectar el equilibrio de poderes y el diseño institucional establecidos en la Constitución Política.

La Sala entonces analizará los siguientes temas:

- El diseño constitucional del gobierno y la administración de la Rama Judicial, y la creación del órgano encargado de la función disciplinar, en el Acto Legislativo 2 de 2015;
- el mecanismo de transición, su temporalidad y las condiciones de su exequibilidad;

<sup>308</sup> Ley 270/96, artículo 149. "Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: 1. Renuncia aceptada. / 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo. / 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente. / 4. Retiro forzoso motivado por edad. / 5. Vencimiento del período para el cual fue elegido. / 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación. / 7. Abandono del cargo. / 8. Revocatoria del nombramiento. / 9. Declaración de insubsistencia. / 10. Destitución. / 11. Muerte del funcionario o empleado.

- los cambios en las condiciones previstas por el constituyente derivado y la inconstitucionalidad de la situación actual especialmente frente a los mandatos sobre periodos en los altos cargos del Estado;
- la continuidad de las funciones y de los cargos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria creada en la Constitución de 1991 y la consiguiente pervivencia de la misma Sala;
- el alcance de la expresión "los actuales Magistrados", contenida en el parágrafo transitorio 1º del artículo 257 A de la Constitución Política, introducido por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, en el actual estado de cosas;
- la normatividad aplicable para la provisión de los cargos de magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que en la actualidad pervive.

#### 3. Análisis de la Sala

3.1. El diseño constitucional del gobierno y la administración de la Rama Judicial, y la creación del órgano encargado de la función disciplinar, en el Acto Legislativo 2 de 2015

## a. Breves referencias al diseño institucional<sup>309</sup>

Bajo la consideración de que "... el diseño institucional, al atribuir un significado práctico a las instituciones, tiene como objetivo optimizar la eficacia de la institución en el marco de un modelo dado", la doctrina identifica tres tipos primordiales de diseño institucional:

- (i) Constructivo: que pretende crear una nueva realidad o modo de interacción entre gobernantes y gobernados. Precede a la realidad en virtud de que crea nuevas situaciones o estados de cosas y configura derechos u obligaciones que modifican las relaciones entre las personas y con el gobierno.
- (ii) Justificatorio: cuando por razón de los cambios en la realidad, legitima situaciones de hecho, el ejercicio de ciertos derechos y la imposición de las obligaciones correlativas.
- (iii) Correctivo: propone adecuar una o varias instituciones con el objeto de corregir aspectos disfuncionales o inoperantes, o bien, adecuarlo a los criterios conductores del modelo vigente o dominante.

En el fondo, el diseño institucional supone una reflexión sobre la conveniencia de incluir en el sistema jurídico una o varias instituciones, o modificar su operatividad y significado, o analizar su compatibilidad con otras instituciones del sistema y el cálculo respecto de los posibles efectos secundarios.

<sup>309</sup> Huerta, Carla. Constitución y diseño institucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 99. UNAM.

Dicho esto, en acápite posterior se explicará que la reforma adoptada en el Acto Legislativo 2 de 2015, se adelantó con el propósito de preservar y garantizar el equilibrio de los poderes públicos y el control recíproco entre las diferentes ramas y órganos del Estado; y específicamente, respecto de la Rama Judicial: (i) modificó la estructura de su gobierno y administración; (ii) creó como parte de la nueva estructura pero como órgano separado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que debía sustituir a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en la función disciplinar, y (iii) consagró un mecanismo de transición para hacer efectiva la supresión de la Sala y la operatividad de la Comisión.

Como se verá, la temporalidad de la transición devino en indefinición de la misma, lo que significa en la práctica que (i) la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se ha integrado; (ii) la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pervive, (iii) desaparecieron los fundamentos de la interpretación bajo la cual la Corte Constitucional en la sentencia C-373-16 declaró exequible el mecanismo de transición del artículo 19 del mencionado acto legislativo.

### Las modificaciones al gobierno y la administración de la Rama Judicial y la creación del órgano encargado de la función disciplinar

El modelo constitucional colombiano fue definido en la Asamblea Constituyente de 1991, con un diseño que teórica y normativamente distribuyó el poder de un modo claramente inspirado en un espíritu democrático e institucional.

La nueva Carta también reiteró el principio universalmente aceptado de la supremacía material de la Constitución, lo que significa que el orden jurídico le está sujeto pues ella es superior a todas las formas de actividad estatal<sup>310</sup>.

En Colombia, varias disposiciones de la Carta Política de 1991 son la fuente del principio de supremacía de la Constitución: (i) el artículo 3º conforme al cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo y de este emana el poder público que debe ejercerse en los términos establecidos en la propia Constitución; (ii) el artículo 4º en el que se establece que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales; (iii) el artículo 120 según el cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Además, varios artículos de la parte orgánica crean órganos y mecanismos que hacen efectiva dicha supremacía<sup>311</sup>.

El principio de legalidad prescribe que las autoridades deben someter sus actuaciones y actividades al imperio de la ley, esto es, que su proceder debe estar de acuerdo con el orden jurídico existente<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 1993.

<sup>311</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.

<sup>312</sup> Galindo. Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana, p. 197.

La independencia para el ejercicio de las funciones propias, como mecanismo de control, y la colaboración para la eficacia de la acción estatal, son vistos como esenciales en las concepciones democráticas del poder.

La Constitución y la ley cumplen el rol de establecer las funciones del poder público: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administrativa, además de otras funciones como las de control, por ejemplo, y la de delimitar el poder dado a los funcionarios y a los organismos estatales, de manera rigurosa y precisa<sup>313</sup>.

Con relación a la Rama Judicial, el Acto Legislativo 2 de 2015 introdujo reformas en materia de instituciones y competencias consistentes, básicamente, en (i) suprimir el Consejo Superior de la Judicatura integrado por las Salas Administrativa y Disciplinaria y en su lugar establecer un órgano de gobierno judicial, y (ii) dar autonomía a la función disciplinar mediante la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Para el tránsito entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la reforma constitucional incluyó un mecanismo de transición que se explica en seguida.

# 3.2. El mecanismo de transición, su temporalidad y las condiciones de su exequibilidad

Las variaciones en el ordenamiento jurídico para regular de manera diferente actos, hechos o relaciones jurídicas, hacen necesario, como regla general, incluir disposiciones que permitan interpretar y aplicar adecuadamente las nuevas regulaciones respecto de situaciones consolidadas y situaciones en curso y, por supuesto, respecto de lo que ha de entenderse como el objeto propio de la nueva regulación.

Tales disposiciones se contienen en normas de transición<sup>314</sup>, esto es, en normas que facilitan el tránsito del anterior al nuevo ordenamiento. De Perogrullo resulta que carecen de vocación de permanencia, sin perjuicio de que, como se resaltó en el concepto 2327 con base en los precedentes jurisprudenciales, son normas de igual categoría jurídica a las que integran –estas sí con vocación de permanencia– el nuevo ordenamiento.

Sobre la vigencia temporal y limitada en el tiempo, dado que su finalidad se circunscribe a permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha tenido variación. Así, en la sentencia C-544-92 al pronunciarse sobre la demanda de un artículo transitorio de la Carta Política señaló<sup>315</sup>:

"El hecho de que <u>el artículo transitorio 59 de la Carta sea precisamente de vigencia temporal,</u> no justifica que tal norma pueda ser confrontada con una disposición constitucional definitiva y, en caso de incompatibilidad, sea declarado "inexequible". Ello,

<sup>313</sup> Berrocal. Luis. Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Librería del Profesional, pp. 87-88.

<sup>314</sup> Como lo enseña el DRAE, "transición", es la "acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto".

<sup>315</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 544 de 1992 (octubre 1º). REF.: Expediente No. D-017, D-051 y D-110. Norma acusada: artículos 380 y 59 transitorio de la Constitución y artículo 2º del Acto Constituyente No. 2 de 1991.

como en el caso anterior, es un sin sentido. <u>En realidad la razón de ser de un artículo transitorio es permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales. De hecho es frecuente que un artículo transitorio, por definición, prolongue temporalmente la vigencia de una norma del antiguo régimen (por ejemplo el art. transitorio 8°) o posponga el inicio de la vigencia de una norma novedosa (por ej. el art. transitorio 17), sin que a nadie se le ocurra pensar que, por tales fenómenos propios de una transición, dichas normas son inconstitucionales por violar las normas definitivas que establecían diferentes tiempos de vigencia. Luego no existe una diferencia entre las normas constitucionales permanentes y las transitorias que implique una subordinación de éstas frente a aquéllas". (Se subraya).</u>

Ahora bien, el Acto Legislativo 2 de 2015, con el claro propósito de garantizar el ejercicio ininterrumpido de las funciones a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria mientras la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se integraba, estableció un mecanismo de transición en el parágrafo transitorio del artículo 19, en los siguientes términos:

"Parágrafo transitorio 1º. Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial..."316.

Sobre el mecanismo de transición, en el concepto 2327, esta Sala manifestó:

"La norma de transición para el nivel nacional del órgano disciplinario, aunque no es explícita al respecto sin duda partió del reconocimiento del período fijo de los magistrados integrantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en virtud del cual, cada uno se retiraría al vencimiento de su respectivo período.

Como la reforma modificó los órganos de administración y de gobierno de la Rama Judicial y ordenó la expedición de una ley estatutaria que desarrollara las nuevas estructuras y funciones, en principio la Sala Jurisdiccional Disciplinaria dejaba de ser operante porque en un tiempo relativamente corto y mediante trámites ajenos a los demás asuntos de la reforma, entraría en ejercicio de sus funciones el nuevo órgano de disciplina judicial en el nivel nacional.

En ese escenario, garantizar la continuidad en el ejercicio de las funciones de la Sala por razón de su derogatoria tácita, supuso la adopción de varias medidas:

<sup>316</sup> La norma continúa: "Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad".

- (i) Fijó en un año, contado desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el plazo para que fueran elegidos los magistrados integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial;
- (ii) Con la posesión de sus integrantes, la Comisión asumiría los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria;
- (iii) Mientras tanto, los magistrados que al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015 integraban dicha Sala, continuarían ejerciendo sus funciones;
- (iv) Los mismos magistrados permanecerían en ejercicio de sus funciones "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión...".

Como norma de transición, esto es, como instrumento necesario para la puesta en marcha del nuevo modelo de disciplina judicial, la mayor permanencia en el ejercicio de funciones no puede entenderse como una ampliación o prórroga del período de 8 años, y tampoco torna el período fijo en un período indefinido.

La norma de transición asumió que el proceso de conformación de la Comisión para que pudiera iniciar sus actividades concluiría en un plazo algo mayor de un año, pues, como lo indica la consulta, elegidos dentro del lapso que concluía el 1º de julio de 2016, los magistrados dispondrían de los Términos legales para la posesión.

No obstante el plazo establecido, en el escenario de cambios tanto institucionales como de procesos para la conformación e inicio de actividades de las nuevas estructuras, no podía dejar de considerarse la posibilidad del vencimiento de los períodos personales de los magistrados que para entonces integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y el consiguiente efecto en la continuidad de la función disciplinar.

Es claro en los antecedentes del acto de reforma que la modificación del período de 8 años no fue un tema considerado. Las discusiones se centraron en concretar un mecanismo que eliminara o redujera el riesgo de interrupción de la mencionada función. Y finalmente se configuró como mecanismo de transición, que los entonces magistrados continuarían ejerciendo sus funciones hasta la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. La misma norma transitoria indicó que dicha posesión determinaba la asunción por la Comisión de los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria".

Como se aprecia, el tiempo requerido para la transición se estimó en un plazo algo mayor a un año, contado la elección y la posesión de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Ese lapso fue considerado por el constituyente derivado como un tiempo suficiente para que la nueva institución iniciara sus actividades y a la vez, era un plazo razonable para extender la permanencia de los magistrados más allá del respectivo periodo de 8 años, sin modificar dicho período, sin que se generara una situación de estabilidad indefinida y sin que se configurara un fuero de inamovilidad.

En cuanto a la constitucionalidad del mecanismo de transición, en el concepto 2327 la Sala recogió apartes de la sentencia C-373-16 en la cual la Corte Constitucional reiteró con insistencia la temporalidad de la norma que hacía posible la transición entre los órganos mencionados y recalcó la naturaleza instrumental de la misma, todo en el marco de la continuidad de la función.

Y fue sobre esas consideraciones conceptuales, precisamente, que la Corte declaró exequible el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, del cual forma parte el parágrafo transitorio en cuestión, sin perjuicio de que para la fecha de la sentencia (julio 13) ya estuviera vencido el supradicho plazo.

### En efecto, la Corte argumentó así:

"3.4. Decisión de exeguibilidad respecto del cargo por violación de los principios de consecutividad e identidad flexible, formulado en contra del parágrafo transitorio 1 del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015. La aprobación del parágrafo transitorio 1 del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 conforme al cual los Magistrados actuales de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ocuparán sus cargos hasta tanto tomen posesión los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no desconoció los principios de consecutividad e identidad flexible. Aunque solo fue a partir del quinto debate que se incluyeron en las disposiciones transitorias reglas específicas relativas a la situación de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de cara a la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no se trata de un asunto que pueda considerarse novedoso y, mucho menos que modifique de manera esencial el texto aprobado al finalizar la primera vuelta. Por el contrario, la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial planteaba, desde el principio, la necesidad de <u>definir el momento en que ella sería integrada y, al mismo tiempo, qué ocurriría con los</u> Magistrados que ocupaban los cargos del organismo que tenía a su cargo algunas de las funciones ahora atribuidas a dicha Comisión.

Además de tratarse de una norma instrumental, <u>constitucionalmente posible para hacer posible la transición</u>, de ella no se desprende ni así lo demuestra el demandante, que el legislador hubiera tenido el propósito de otorgar un beneficio personal que asegurara la permanencia de los Magistrados por un tiempo indefinido. Por el contrario, de la lectura de la disposición constitucional se desprende (i) que la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debía surtirse durante el año siguiente a la entrada en vigencia del acto legislativo y (ii) que los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerían sus funciones hasta el momento que los integrantes de la Comisión tomarán posesión de su cargo lo que, siguiendo las reglas previstas en el artículo 133 de la Ley 270 de 1996 habría de ocurrir en el término de quince (15) días. Resulta claro, en consecuencia, que el Congreso no estableció un término que implicara la continuidad indefinida de los "actuales magistrados" de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, por el contrario, diseñó una fórmula que permite un tránsito ágil del anterior régimen al nuevo.

Esta conclusión sigue el precedente establecido por esta Corporación en la sentencia C-753 de 2004 en la que declaró exequible una disposición que fijaba la extensión del tiempo durante el cual ocuparía su cargo el Registrador que en ese entonces ostentaba tal condición, a fin de hacer posible la implementación de la reforma constitucional adoptada mediante el Acto Legislativo 01 de 2003". (Subrayas añadidas).

Es claro entonces que en armonía con la naturaleza propia de la norma de transición –su temporalidad– la fórmula adoptada por el constituyente derivado para el paso entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, fue declarada exequible con fundamento en que el plazo establecido –poco más de un año–, excluía la posibilidad de que la extensión de la permanencia en los cargos sustentara beneficios o privilegios personales o algún tipo de fuero de inamovilidad, por cuanto, precisamente, con el plazo fijado tal extensión se configuraba como transitoria al igual que su fuente normativa.

Con fundamento en el texto de la norma transitoria, en el proceso legislativo que le dio forma a la misma y en la interpretación jurisprudencial que la declaró ajustada a la Constitución Política, entiende esta Sala de Consulta que por distintos hechos y circunstancias, empieza a configurarse una especie de "estado de cosas inconstitucional"<sup>317</sup>, en la medida en que la extensión de la permanencia en los cargos de magistrados como mecanismo de transición perdió su atributo esencial de transitoriedad –que supone una temporalidad definida, definible, o en todo caso mínimamente razonable–, que a su vez excluía la configuración de beneficios personales, y sobre el cual se su fundaba su constitucionalidad.

Como en la actualidad no es posible vislumbrar con un mínimo de determinación el horizonte temporal dentro del cual sea realizable la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha quedado en un limbo<sup>318</sup> que si bien garantiza la continuidad del servicio a su cargo, no lo hace de manera idónea porque configura los privilegios personales que el constituyente derivado claramente quiso excluir.

Como se señaló en el concepto 2327 y se reitera en los acápites siguientes, la norma de transición no fue estructurada como una excepción a la regla constitucional en materia de períodos fijos para los altos cargos del Estado.

La norma de transición fue adoptada para que se cumpliera en los términos previstos y, por consiguiente, no fue pensada para que en un eventual incumplimiento, pudiesen derivarse de ella fueros de inamovilidad u otros privilegios de beneficio estrictamente

<sup>317</sup> El uso de esta expresión es meramente literal porque permite describir la situación derivada de la inobservancia del mandato constitucional transitorio que se estudia. No alude a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Encuentra la Sala una situación similar a la generada el Acto Legislativo 1 de 1968, artículo 14, que modificó el artículo 80 de la Constitución entonces vigente, con la creación de una Comisión Especial Permanente encargada de dar primer debate a los proyectos de ley que fijaran los planes y programas de desarrollo económico y social a que debía someterse la economía nacional (numeral 4º, artículo 76 de la Constitución entonces vigentel y de vigilar a la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y la evolución del gasto público. Conocida como la Comisión del Plan, debía integrarse con un Senador y un Representante por cada departamento y dos representantes más por las Intendencias y Comisarías. Nunca se integró. La exigencia constitucional quedó en el limbo, pero en los cuatrienios transcurridos entre 1970 y 1994 fueron expedidos los correspondientes planes de desarrollo, sin perjuicio del incumplimiento del requisito constitucional exigido para su primer debate y su ejecución.

personal que de contera pretendan asumirse como excepciones al marco constitucional del ejercicio de la función pública en períodos determinados.

Pugna con el diseño constitucional, la exequibilidad de sus reformas, y el ejercicio del poder sin asomo de arbitrariedad y dentro de los marcos de la moralidad pública, cualquier pretensión de beneficio individual que pretenda ampararse en disposiciones que han perdido sus elementos esenciales, como ocurre con la norma de transición que no ha de cumplirse en un tiempo determinable.

3.3. Los cambios en las condiciones previstas por el constituyente derivado y la inconstitucionalidad de la situación actual especialmente frente a los mandatos sobre periodos en los altos cargos del Estado

El Acto Legislativo 2 de 2015 entró en vigencia el 1º de julio de 2015 y, por consiguiente, en el mes de julio de 2016 debería estar integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y extinguida efectivamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Diversos hechos y circunstancias cambiaron ese deber ser.

- (i) La exequibilidad del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, es decir, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el mecanismo de transición comentado en el punto precedente, fue declarada en la sentencia C-373-16, de fecha 3 de julio, esto es, por fuera del plazo de un año fijado para todo el proceso de transición.
- (ii) Sin perjuicio de esa circunstancia, el 19 de julio de 2016 el Gobierno nacional expidió el Decreto 1189, y el 27 de julio de 2016 el Consejo Superior de la Judicatura<sup>319</sup> expidió el Acuerdo No. PSAA16-10548, para reglamentar la conformación de las ternas que a cada uno correspondían e iniciar los trámites para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.
- (iii) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, adoptó la medida cautelar de suspensión de los mencionados actos administrativos, mediante autos del 23 y el 24 de noviembre de 2016<sup>320</sup>.
  - En consecuencia, y mientras continuaban su curso los procesos judiciales, quedó suspendida la integración del nuevo órgano de disciplina judicial.
- (iv) Con las sentencias del 5 de diciembre de 2017 y el 6 de febrero de 2018, de la Sala Plena Contenciosa, se declaró la nulidad de ambos actos administrativos bajo la consideración de que es necesaria una ley estatutaria para reglamentar la conformación de las ternas y la consiguiente integración del órgano disciplinar.

La realidad derivada de las circunstancias enunciadas configuró (i) la imposibilidad de determinar cuándo podrá quedar integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial,

 <sup>319</sup> Entiéndase de conformidad con la Sentencia C-285-16 y el texto del artículo 254 constitucional vigente.
 320 Ver cita 6 de este concepto,

(ii) la continuidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y (iii) la permanencia indefinible de los magistrados de la misma Sala Jurisdiccional.

La situación actual, en la medida en que no existe la ley estatutaria que fije las reglas para la convocatoria pública, la selección de los candidatos y la conformación de las ternas para la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, desconoce ostensiblemente la voluntad del constituyente derivado plasmada en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 y a la vez vulnera la regla constitucional del período fijo en los altos cargos del Estado.

Sin duda, a pesar de que la pervivencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y el cumplimiento de sus funciones constituían una situación que para el constituyente derivado debía ser transitoria y sometida a un plazo determinado (un año más el tiempo requerido para la posesión de los magistrados que se eligieran), se ha transformado en una situación casi permanente porque su horizonte de tiempo quedó indefinido.

El ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina, encuentran necesario contar con reglas claras que permitan efectivamente salvaguardar y proteger las libertades, los derechos y los bienes de las personas y evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales<sup>321</sup>.

En ese sentido, las autoridades tienen limitaciones que obedecen a: i) un factor material, también conocido como "ratione materiae", ii) un factor territorial, o "ratione loci" y iii) un factor temporal, "ratione temporis", referido al tiempo durante el cual se pueden ejercer las funciones conforme al derecho<sup>322</sup>. Este último factor en particular, remite al concepto de "periodo".

La Corte Constitucional, en las sentencias C-093 de 1994 y C-194 de 1995 ha definido el periodo "como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública".

En relación con los cargos de periodo, esta Sala ha anotado que se distingue entre "periodo personal, individual o subjetivo" y "periodo institucional u objetivo", entendiéndose este último como el que, además de tener una duración fija (en meses, años o en cualquier otra unidad de tiempo), tiene establecidas sus fechas de inicio y finalización, ya sea porque tales fechas estén indicadas de manera determinada y expresa en una norma constitucional o legal, o bien porque sean determinables, a partir de lo previsto en disposiciones de la misma índole.

En cambio se considera como periodo "personal o subjetivo" aquel cuyas fechas de inicio y terminación no han sido definidas en la Constitución o en la ley, y tampoco resultan determinables, de tal manera que la fecha de finalización del periodo de cada servidor

<sup>321</sup> Álvarez. Op. cit., p. 60.

<sup>322</sup> Rodríguez. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis, p. 382.

público que ocupa uno de estos cargos está dada por la fecha en la cual la persona toma posesión de su empleo<sup>323</sup>.

También ha dicho la Sala<sup>324</sup> que de conformidad con la jurisprudencia constitucional la ampliación de periodos de funcionarios en ejercicio es "constitucionalmente sensible" y por tanto "debe ser analizada con recelo desde el punto de vista constitucional, pues <u>se trata de una modificación en las reglas preestablecidas para el ejercicio de los cargos públicos, lo que puede implicar el establecimiento de privilegios injustificados para los funcionarios activos".</u> (Se destaca).

En la misma línea, ha acotado la Sala que la ampliación del periodo de funcionarios activos, cuando así lo dispone la Constitución o la ley, no constituye un fin en sí mismo sino que corresponde a una medida "de carácter instrumental" para la implementación de las reformas realizadas a una determinada institución<sup>325</sup>.

Igualmente ha explicado la Sala que los servidores públicos de período, sea este institucional o personal, no pueden seguir ejerciendo sus funciones después de que ha vencido el respectivo período, aunque en ese momento no se haya designado aún, en propiedad, la persona que deba reemplazarlos en el correspondiente cargo<sup>326</sup>.

Lo aquí explicado tiene un efecto directo sobre la permanencia en los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con referencia al marco constitucional en materia de periodos.

Se observa, sin mayor esfuerzo, que en la Constitución colombiana todos los altos funcionarios que conforman la cúspide de las ramas del poder público, los órganos autónomos y los órganos de control, tienen un período delimitado.

En efecto, los senadores y los representantes son elegidos para un periodo de cuatro años (C.P. artículo 132), el Presidente de la República es elegido para un periodo de cuatro años (C.P. artículo 190), los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado son elegidos para periodos individuales de ocho años (C.P. artículo 233), el Fiscal General de la Nación es elegido para un periodo de 4 años (C.P. artículo 249), los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos para periodos de ochos años (C.P. artículo 254), los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial tendrán periodos personales de ocho años (C.P. artículo 257 A), los miembros del Consejo Nacional Electoral son elegidos para un periodo institucional de cuatro años (C.P. artículo 264), el periodo del Registrador Nacional del Estado Civil es de cuatro años (C.P. artículo 266), el Contralor General de la República es elegido para un periodo igual al del Presidente de la República (C.P. artículo 267), el Procurador General de la Nación es elegido para un periodo de cuatro años (C.P. artículo 276), los miembros de dedicación exclusiva de la junta directiva del Banco de la República son nombrados

<sup>323</sup> Concepto 2180 de 2014.

<sup>324</sup> Concepto 2270 de 2015.

<sup>325</sup> Ibídem.

<sup>326</sup> A este respecto, puede consultarse, por ejemplo, el concepto 2276 de 2015

para periodos prorrogables de cuatro años, y el periodo del Gerente será el previsto en los estatutos del Banco (C.P. artículo 372).

Justamente para preservar y garantizar el equilibrio de los poderes públicos, que atiende al principio democrático de los "pesos y contrapesos", o del control recíproco entre las diferentes ramas y órganos del Estado, es que el Acto Legislativo 2 de 2015 prohibió expresamente la reelección del Presidente de la República (artículos 3 y 9), del Vicepresidente de la República (artículos 3 y 10), del Contralor General de la República (artículo 22)<sup>327</sup>, del Registrador Nacional del Estado Civil (artículo 26) y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (artículo 26).

Nótese que fijar el periodo de los más altos dignatarios del Estado es un asunto que la Constitución, o bien se ha reservado, o bien ha deferido expresamente al legislador, de allí que –como ya se dijo– sea una materia constitucionalmente sensible que debe ser analizada con celo.

Es por tal reserva y por su trascendencia que cuando el constituyente derivado, en el Acto Legislativo 2 de 2015, optó por ampliar la permanencia en los cargos como el mecanismo de transición entre las instituciones encargadas de la función disciplinar dentro de la Rama Judicial, inequívocamente lo creó fijándole sus limitantes en la propia norma transitoria, de las cuales deriva su constitucionalidad.

### Tales limitantes, son:

- el reconocimiento tácito de que los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria son de periodo fijo, pues no de otra manera se haría necesario extender expresamente la permanencia;
- la mayor permanencia no se configuró como prórroga del período individual ni como el cambio de un periodo fijo a uno indefinido, precisamente porque guardaba estrecha relación con el corto plazo –un año– fijado para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial;
- el mecanismo de transición fue estructurado en norma especial, ajena a la transición prevista para los demás asuntos de la reforma en el artículo 18 transitorio del mismo acto legislativo<sup>328</sup>.

Es evidente que las mencionadas limitantes excluyen el entendimiento de un privilegio personal y, se reitera, por lo mismo fundamentan la constitucionalidad de la norma de transición establecida para la función disciplinar.

Ahora bien, la nulidad de las reglamentaciones de las convocatorias expedidas por el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura aunada a la inexisten-

<sup>327</sup> Aunque debe aclararse que la reelección de este funcionario ya estaba prohibida en el artículo 267 original de la Carta.

<sup>328</sup> El artículo 18 transitorio dispuso: "El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 10 de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial. / Las siguientes disposiciones regirán hasta que entre en vigencia dicha ley estatutaria: (...).

cia de la ley estatutaria para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, significa que las limitaciones sobre las que la Corte Constitucional declaró exequible la norma de transición –el plazo y la exclusión de privilegios personales– ya no existen, como quiera que el límite temporal de un año se transformó en un plazo indeterminable (cuando se expida la ley estatutaria) y al tornarse también en indeterminada la extensión de la permanencia en los cargos empieza a configurarse un privilegio personal rechazado tanto por el constituyente derivado como por la Corte Constitucional.

No obstante, la situación de inconstitucionalidad resultante no es predicable de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como institución, puesto que como se afirmó en el concepto 2327 y se reitera ahora, la norma de transición tiene el efecto práctico y necesario de su continuidad como única posibilidad de preservar las funciones a su cargo en tanto se integra la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Así se explica a continuación.

### 3.4. La continuidad de las funciones y de los cargos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria creada en la Constitución de 1991 y la consiguiente pervivencia de la misma Sala

En síntesis reiterada, el Acto Legislativo 2 de 2015, artículos 15 a 19, buscó modificar el gobierno y la administración de la Rama Judicial así como el modelo institucional de disciplina, para lo cual, sustituyó el contenido del original artículo 254 de la Carta con las disposiciones atinentes al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial, y derogó de manera tácita el Consejo Superior de la Judicatura y las dos salas que lo integraban, a saber, la Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria; para el ejercicio de la función disciplinar creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y estableció el mecanismo de transición entre esa Comisión y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

En la sentencia C-373-16, la Corte analizó y decidió de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, y a lo largo de su argumentación – como ya se citó en el punto anterior - puso de presente por lo menos dos aspectos de especial relevancia:

- (i) la necesaria preservación de la continuidad de las funciones disciplinarias y de definición de conflictos de competencia entre las jurisdicciones; y
- (ii) la extensión de la permanencia de "los actuales magistrados" como instrumento de transición, pero limitada en el tiempo, con la clara intención de evitar la configuración de privilegios personales.

Con independencia del plazo de un año fijado en el parágrafo transitorio del artículo 19 en comento, tanto la sentencia C-373-16 como el concepto 2327, recogieron la existencia y vigencia de un grupo de cargos públicos – los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria - destinados a continuar en ejercicio de las señaladas funciones.

En el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se alude varias veces a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no obstante la consideración de su derogatoria tácita. Para esta Sala de Consulta, como se analizó en el concepto 2327, la supresión tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el texto constitucional, pero la continuidad de sus funciones mediante su ejercicio por los "actuales magistrados", sustentó la afirmación de la existencia "virtual" de dicha Sala, con lo cual se quiso dejar en evidencia la continuidad de la Sala misma, pero solo de forma transitoria y condicionada, esto es, con una existencia precaria.

Tal es la situación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por cuanto, en aras de preservar y garantizar la continuidad de las funciones a ella conferidas en la Constitución de 1991, la reforma del 2015, si bien dispuso su supresión, en realidad la mantuvo a través de la permanencia – por un tiempo determinado - de los cargos que la integraban, pues es claro que no son los magistrados en su individualidad, sino como integrantes de un cuerpo plural, quienes cumplen las funciones.

No por otra razón, las providencias continúan siendo proferidas por la "Sala Jurisdiccional Disciplinaria" como se corrobora con la revisión de los textos que pueden consultarse en la página web de dicha sala.

En síntesis, la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no ha significado su supresión definitiva. Si así fuera, no podría cumplirse el mandato del mismo Acto Legislativo 2 de 2015 en cuanto a la continuidad del ejercicio de las funciones de la Sala, puesto que tales funciones son corporativas y no individuales.

3.5. El alcance de la expresión "[l]os actuales Magistrados", contenida en el parágrafo 1º transitorio del artículo 257A de la Constitución Política, introducido por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, en el actual estado de cosas

Un aspecto que resulta crucial para la aclaración de las dudas planteadas, es el alcance que debe darse actualmente a la expresión "[l]os actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura", contenida en el parágrafo transitorio 1º del artículo 257 A de la Carta Política, incorporado por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015.

En principio, y desde una perspectiva exclusivamente literal, parecería que no cupiera una interpretación distinta a la de entender que la expresión señalada se refiere a las personas naturales (con nombre propio) que ocupaban los cargos de magistrados de esa corporación a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, es decir, el 1º de julio de ese año.

Sin embargo, encuentra la Sala que cuando la norma señalada se refiere a los "actuales magistrados", bien podría estarse refiriendo a dos ideas distintas: (i) a los individuos o personas naturales (con nombre y apellido) que ocupaban esos destinos el 1º de julio de 2015, o (ii) a **los cargos** de magistrados, existentes en ese mismo momento.

La primera interpretación, que en su literalidad implicaría entender que "actuales magistrados" eran las personas que desempeñaban los cargos de magistrados, no puede ser acogida porque implicaría asumir que el Congreso de la República, actuando como constituyente derivado, dictó una norma constitucional a la medida y en beneficio de unos pocos y determinados individuos, lo cual quedó desvirtuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-373-16 que, por lo mismo, declaró constitucional el artículo 19 del acto legislativo.

La constitucionalidad de la extensión de la permanencia en los cargos de magistrados está basada en el carácter instrumental y por ende transitorio de la medida.

A lo cual ha de agregarse que si el carácter general, abstracto e impersonal de las normas es una de las características esenciales de la ley, con mayor razón debe serlo de las disposiciones constitucionales en cuanto normas fundamentales y fundacionales de toda la organización política y jurídica del Estado.

Por consiguiente, no podría considerarse ni declararse constitucional una norma que signifique beneficio directo e indefinido en el tiempo, para una o algunas personas determinadas.

Es pertinente rememorar que las regulaciones que buscan separar el poder del Estado y las funciones públicas de las personas que transitoriamente los ejercen, explican, en buena medida, la evolución desde los estados autocráticos o las monarquías absolutas hacia los estados constitucionales o de derecho. Como lo explicó el tratadista Vladimiro Naranjo Mesa<sup>329</sup>:

"Al poder que se fundamenta en la convicción del gobernado de que es justo y legítimo para él obedecer, es decir, aquel que emana del Estado concebido como soporte, se le denomina poder institucional, para diferenciarlo del simple poder material. Burdeau define la institucionalización del poder como "el acto por el cual <u>el fundamento del poder es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad"</u>330. Como ya se vio, ese acto no se cumple de un momento a otro, sino que es resultado de una larga evolución, mediante la cual se cumple un proceso de adaptación de las estructuras jurídicas a las aspiraciones colectivas. Sea como fuere el ritmo de esta evolución, su resultado es el mismo: por una parte, <u>la separación entre el poder y quienes de hecho ejercen sus atributos</u> y, por otra parte, la aparición del Estado como institución detentadora del poder jurídico. Pero, como advierte el mismo Burdeau, no es un poder cualquiera el que puede ser incorporado a la institución estatal, sino tan solo aquel que encuentre en el medio social la atmósfera favorable a su institucionalización. (...)". (Se resalta).

Así las cosas, la segunda interpretación que se plantea, de acuerdo con la cual la expresión "[l]os Magistrados actuales" se refiere a **los cargos** de magistrados existentes en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015 no resulta opuesta al texto de la norma y, por el contrario, se encuentra en plena armonía con la integralidad de la Constitución Política –incluida la misma reforma constitucional

<sup>329</sup> Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

<sup>330 &</sup>quot;[42] *G. Burdeau*, ob. cit., p. 15".

de 2015 (interpretación sistemática)—, con los antecedentes de la norma (interpretación histórica), con la finalidad perseguida por esta (interpretación teleológica) y con la jurisprudencia constitucional, como pasa a demostrarse:

a. <u>Desde un punto de vista sistemático</u>, se observa que el parágrafo transitorio en el cual se encuentra la expresión "[l]os actuales Magistrados", se refiere, unas líneas más arriba, **a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria:** 

"Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial..." (Se resalta).

Como se aprecia, este aparte se refiere a la función disciplinaria que es de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y no de cada magistrado, como se señaló atrás, con lo cual resulta claro: (i) que dicha sala debía seguir existiendo hasta que se conformara efectivamente la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y (ii) que la misma sala continuaría ejerciendo la función disciplinaria y, por lo tanto, conociendo de los procesos respectivos, hasta que dicha función, y los procesos que se hallaran en curso, pudieran ser asumidos por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En ese sentido, sería extraño, improbable y poco lógico que la misma disposición, luego de precisar la continuidad de la Sala, hubiese querido referirse –después de un punto seguido– a las personas naturales o individuos que, con nombre propio, estuvieran ejerciendo en ese momento el cargo de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En ese sentido, el parágrafo transitorio lo que ciertamente hace es facilitar la continuidad de la función con la extensión de la permanencia de los titulares de los cargos de magistrados, con un límite temporal juzgado por el constituyente derivado como suficiente para que operara la trasferencia de la función entre el órgano suprimido y el órgano creado.

b. <u>Bajo una interpretación histórica</u>, es decir, al analizar los antecedentes del acto legislativo, para desentrañar la intención del legislador, se llega a la misma conclusión, tal como lo sintetizó la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2016, al analizar el cargo por violación de los principios de consecutividad e identidad flexible, en los apartes transcritos atrás, que, como se vio, lo desestima en cuanto encuentra que la mayor permanencia en los cargos de magistrados no está prevista como indefinida ni como una medida de beneficio personal para quienes para la época de entrada en vigencia del acto legislativo desempeñaban tales cargos, sino como una norma típica de transición entre dos instituciones.

El recuento de los antecedentes relacionados con esta norma, mostró a la Corte Constitucional la intención original del Congreso de la República - que se mantuvo durante todo el debate legislativo - de establecer un mecanismo de transición entre la institución llamada a desaparecer -la Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, y la nueva institución, creada por virtud del Acto Legislativo 2 de 2015 -la Comisión Nacional de Disciplina Judicial-, para evitar que se presentara interrupción o suspensión en el ejercicio de la función disciplinaria relacionada con los servidores judiciales (funcionarios y empleados) y con los abogados en ejercicio. Para tal efecto, se propusieron y discutieron diferentes fórmulas, una de las cuales fue la que resultó aprobada finalmente e incorporada en el parágrafo transitorio 1º del nuevo artículo 257 de la Carta Política (renumerado por la misma Corte como 257A).

Además, también fue evidente que no se discutió la modificación del período de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ni para acortarlo ni para extenderlo; y tampoco se propuso que el período de tales funcionarios se volviera incierto e indefinido. Por el contrario, la permanencia de los entonces titulares de los cargos de magistrados se relacionó con el plazo previsto para la integración de la Comisión. Una variación distinta al diseño constitucional establecido para dichos cargos, por sus hondas repercusiones institucionales, habría tenido que ser propuesta y discutida de manera abierta, clara y específica durante el trámite del proyecto.

Los antecedentes legislativos de la norma que se comenta no permiten concluir, entonces, que el Congreso de la República, como constituyente derivado, haya tenido la intención de modificar el período de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ni menos aún eliminarlo o volverlo indefinido.

Tal fue una de las conclusiones de esta Sala en el concepto 2327, al analizar el parágrafo transitorio:

"... la mayor permanencia en el ejercicio de funciones no puede entenderse como una ampliación o prórroga del periodo de ocho años y tampoco torna el periodo fijo en un periodo indefinido".

Por supuesto, la Sala no desconoce que, como de hecho se ha interpretado, los magistrados que cumplieran sus períodos constitucionales dentro del plazo fijado por la norma transitoria (un año), podrían permanecer en sus cargos hasta que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se posesionaran, pero siempre que su elección se hiciera dentro del término señalado por el constituyente, como lo interpreta la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2016, y en particular en el aparte de dicha providencia transcrito arriba.

Ahora bien, han transcurrido casi dos años de haberse vencido el plazo en mención y no existen reglas que permitan integrar la Comisión, como consecuencia (i) de los hechos y las omisiones en lo que respecta a la presentación –al menos– del

proyecto de ley correspondiente, y (ii) de las decisiones judiciales sobrevinientes que se han reseñado. Ambas situaciones desdibujaron la previsión del constituyente derivado, en cuanto al tiempo dentro del cual debía integrarse la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Interpretar entonces que, como consecuencia, los titulares de los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria pueden permanecer en los cargos, implicaría pervertir el verdadero sentido de la norma de transición, valiéndose de las circunstancias fácticas descritas, para poner a decir al constituyente secundario cosas que no solamente no dijo, sino que resultan contrarias a su intención, sin perjuicio de agregar que, además, contrarían la interpretación de la Corte Constitucional arriba transcrita.

c. <u>Desde una hermenéutica finalista o teleológica</u>, la conclusión no puede ser diversa, pues al desentrañarse el verdadero espíritu o intención del constituyente, queda claro que la finalidad fundamental de la norma que se analiza fue la de asegurar la continuidad en el ejercicio de la función pública disciplinaria, relacionada con los funcionarios y empleados judiciales, así como con los abogados, para lo cual el Congreso de la República diseñó una fórmula que permitiera a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y a las salas disciplinarias de los consejos seccionales seguir ejerciendo dicha función (salvo en relación con los empleados judiciales, pues esta le compete actualmente a los superiores jerárquicos) de forma ininterrumpida, hasta que se hiciera cargo de la misma la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sus seccionales.

No puede sostenerse, entonces, que el canon constitucional que se interpreta haya buscado ampliar indefinidamente el período de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que estaban en el ejercicio de sus cargos el 1º de julio de 2015, ni menos aún eliminar dicho período, pues dicha finalidad no fue manifestada por el Congreso de la República durante el trámite del respectivo proyecto de acto legislativo.

Por el contrario, tal entendimiento de la norma resulta incompatible con el propósito general que se buscó con el Acto Legislativo 2 de 2015, consistente en preservar y fortalecer el equilibrio entre los diferentes poderes públicos, como manifestación de los principios democráticos de separación de los poderes y de los "pesos y contrapesos". Este objetivo general de la reforma fue explicado así por la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-373:

### "D. EL ALCANCE GENERAL DEL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015

4. Las disposiciones demandadas hacen parte del Acto Legislativo 02 de 2015 "por medio del cual se adopta una reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones". El proyecto tuvo origen en la iniciativa gubernamental radicada ante el Senado de la República por los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho. En la exposición de motivos del proyecto,

se indicó que el objetivo de la reforma consistía en "<u>sustentar la legitimidad de las instituciones democráticas</u>, que ha resultado reciamente afectadas por un ejercicio político que, por causas diversas, se ha visto abocado al desbarajuste propio de una reforma que <u>afectó los períodos en los cuales se sustentaban los pesos y contrapesos de la Constitución de 1991"</u>.

- 5. En la iniciativa gubernamental tres eran los ejes de la propuesta: la modificación de disposiciones electorales, la adopción de normas para promover <u>la eficiencia de la administración de justicia y</u> la aprobación de reglas para <u>mejorar el sistema de controles</u>. (...)" (Resaltamos).
- d. <u>Jurisprudencia constitucional</u>. Finalmente, debe señalarse que la interpretación del parágrafo transitorio 1º del artículo 257A, conforme a la cual dicha norma supuso volver indeterminado aunque determinable el periodo de las personas que ejercían el cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 1º de julio de 2015, ya fue analizada y descartada por la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-373 de 2016.

Dado que este fue uno de los argumentos principales con base en los cuales la Corte desestimó los cargos de inconstitucionalidad propuestos por el actor en la respectiva demanda, y declaró ajustada a la Constitución la norma acusada, debe entenderse que la interpretación acogida por dicha corporación forma parte del núcleo argumentativo o *ratio decidendi* de la sentencia y, por lo tanto, hace tránsito a cosa juzgada *erga omnes*, junto con la propia decisión de exequibilidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades.

Así, no resulta viable sostener, en la actualidad, que el parágrafo transitorio 1 del artículo 257A de la Constitución, introducido por el artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015, haya tenido el propósito, o pueda tener el efecto, de otorgar un privilegio o beneficio personal a un pequeño grupo de servidores públicos, en el sentido de aumentar considerablemente su período constitucional, más allá del año previsto para la integración de la Comisión, o de volverlo indeterminado, mientras se surten todos los pasos que deben darse para realizar dicha integración en las voces del artículo 126 constitucional y las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación.

3.6 La normatividad aplicable para la provisión de los cargos de magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que en la actualidad pervive

Reitera la Sala que el plazo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 tenía como propósito lograr que la organización y funcionamiento del nuevo órgano disciplinario se llevara a cabo en el menor tiempo posible, precisamente para dar claridad y certeza sobre el momento en el cual la Comisión Nacional de Disciplina Judicial sería integrada, y qué sucedería con los magistrados de la

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuya supresión fue dispuesta tácitamente por el constituyente mediante el Acto Legislativo 2 de 2015.

Ahora bien, el plazo establecido en la norma transitoria feneció, sin que se hubiera conformado la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por lo que el supuesto de hecho previsto en dicha disposición, para hacer viable la permanencia de los "actuales magistrados" de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no ocurrió.

En consecuencia, el ejercicio de las funciones de quienes se encontraban designados como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a la fecha de la expedición del acto legislativo 2 de 2015, debe ser re-interpretado, en sus efectos y alcance, en armonía con todo el texto normativo.

En esa medida, y dado que ese mandato era transitorio, no resulta jurídicamente acertado sostener que dicho precepto se tornó indefinido en el tiempo, so pena de contrariar no solo el propósito y el contenido literal del parágrafo, sino también la estructura misma del modelo constitucional de Estado, como se explicó atrás.

A lo cual debe agregarse que una interpretación de permanencia indefinida sí configuraría el privilegio o beneficio personal que la Corte Constitucional, en la sentencia C-373-16, atrás citada, verificó como ajeno a la norma de transición:

"Además de tratarse de una norma instrumental, constitucionalmente posible para hacer posible la transición, <u>de ella no se desprende</u> ni así lo demuestra el demandante, <u>que el legislador hubiera tenido el propósito de otorgar un beneficio personal que asegurara la permanencia de los Magistrados por un tiempo indefinido.</u> Por el contrario, <u>de la lectura de la disposición constitucional se desprende (i) que la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debía surtirse durante el año siguiente a la entrada en vigencia del acto legislativo y (ii) que los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerían sus funciones hasta el momento que los integrantes de la Comisión tomarán posesión de su cargo</u> lo que, siguiendo las reglas previstas en el artículo 133 de la Ley 270 de 1996 habría de ocurrir en el término de quince (15) días. Resulta claro, en consecuencia, <u>que el Congreso no estableció un término que implicara la continuidad indefinida de los "actuales magistrados" de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, por el contrario, diseñó una fórmula que permite un tránsito ágil del anterior régimen al nuevo". (La Sala subraya).</u>

La imposibilidad jurídica de tornar en indeterminada una disposición temporal, y la continuidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como institución –pues no de otra manera es jurídicamente viable el ejercicio de las funciones disciplinares y de definición de conflictos de competencia entre jurisdicciones, que la Constitución de 1991 le asignó, y las decisiones en sede de tutela que la misma Sala avocó–, deben tener como efecto jurídico la continuidad de los mecanismos de provisión de los cargos de magistrados creados para integrar esa sala y ejercer las funciones a ella asignadas.

Aunque el texto actual de la Constitución Política no incluye el inciso segundo del artículo 254 original, que preveía los mecanismos de selección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la continuidad de las funciones institucionales impone entender que esa disposición sigue produciendo efectos ultractivamente<sup>331</sup>, mientras no se posesionen los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En virtud de todo lo expuesto y ante la ausencia de normas nuevas que regulen los hechos actuales, la consecuencia jurídica por el efecto de la ultractividad, es la aplicación del numeral 2 del artículo 254 original de la Constitución, en armonía con el artículo 18, numeral 6 de la Ley 5ª de 1992³³² y con el artículo 76-2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que por supuesto también debe entenderse eficaz, en cuanto sigue produciendo efectos jurídicos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la exigencia de regulación legal para el proceso de elección de servidores públicos, adicionada al artículo 126 de la Constitución por el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015, no resulta jurídicamente viable para la elección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, bajo la consideración de que tales cargos continúan integrando una institución que, a pesar de haber sido suprimida de la Constitución Política, sigue existiendo transitoriamente, para hacer posible el cumplimiento ininterrumpido de varias funciones públicas, según se explicó.

A lo cual se agrega que mientras no se modifique el artículo 257 A de la Constitución – 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 – continúa creada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y la necesidad de su integración que, de acuerdo con las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, debe sujetarse al inciso cuarto del artículo 126 superior.

Lo anterior no se opone a la necesidad de proveer, *mientras tanto*, los empleos de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para garantizar el correcto funcionamiento de dicha sala y el cumplimiento de sus funciones. Tal provisión tendría que hacerse con la expresa advertencia de que la duración en el ejercicio del cargo queda sujeta a lo que ocurra primero entre la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial –como debería ocurrir en virtud del actual artículo 257A constitucional–, o el transcurso de los 8 años del periodo que la Constitución y la Ley Estatutaria de Justicia fijaron para los cargos de magistrados de la mencionada Sala.

Debe tenerse presente que el efecto de la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es la extinción definitiva de Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Así lo señaló recientemente la Sala de Consulta en relación con el numeral 3º del artículo 256 (original) de la Constitución Política, que le otorga al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- la función disciplinaria sobre los funcionarios judiciales y los abogados. En efecto, en decisión del 16 de mayo de 2018 (radicación Nº 110010306000201700200 00), al resolver un conflicto negativo de competencias administrativas entre el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades, se afirmó:

<sup>&</sup>quot;De todo lo anterior, resulta que, aun cuando actualmente está suprimida de la Constitución la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y las salas disciplinarias de los consejos seccionales, y se encuentra derogado el numeral 3º del artículo 256 de la Carta Política, dichos organismos continúan ejerciendo transitoriamente la función disciplinaria, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo transitorio 1º del artículo 257A de la Constitución, mientras se conforma efectivamente la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, [y] se viene aplicando ultractivamente el numeral 3º del artículo 256 de la Carta (el cual, como se explicó, está derogado) y las normas legales (estatutarias y ordinarias) que lo desarrollaban?". (Se resalta).

<sup>332</sup> Ley 5 de 1992 (Junio 17) "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". Artículo 18. "Atribuciones del Congreso pleno. Son atribuciones constitucionales del Congreso pleno: ... 6. Elegir los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura".

así como de las normas constitucionales y legales que la regulan. Por consiguiente quedarán suprimidos los cargos de magistrados de la referida Sala, configurándose la causal de retiro del servicio establecida en el artículo 149, numeral 2, de la Ley 270 de 1996<sup>333</sup>, esto es, la cesación definitiva de funciones por supresión del despacho.

En síntesis, concluye esta Sala que la existencia transitoria y precaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por las razones explicadas, supone necesariamente la aplicación ultractiva del inciso segundo del artículo 254 original de la Constitución de 1991, entre otras normas, para proveer los cargos de magistrados, en el entendido de que la permanencia de quienes eran sus titulares ha terminado por devenir insostenible en cuanto que el vencimiento del plazo aunado a las omisiones legislativas censuradas por los fallos del Consejo de Estado, como hechos impedientes para la actuación administrativa de integración del nuevo órgano, redundan en hacer de la continuidad de la situación actual concreta una que resulta violatoria de la interpretación jurisprudencial de exequibilidad de las normas transitorias.

Así, honrar el propósito y las normas producto de la competencia del constituyente derivado pasa por dos acciones de extremada urgencia:

La primera es lograr la expedición de la ley estatutaria tantas veces aludida de manera que pueda entrar en cabal funcionamiento el nuevo órgano.

La segunda es proceder de inmediato a la aplicación del original artículo 254, numeral 2, de la Constitución Política.

Se trata de lograr que la transición ordenada en el Acto Legislativo 2 de 2015 opere garantizando, con la debida idoneidad, sin ningún asomo de privilegios o beneficios personales ni de infundados fueros de inamovilidad, la continuidad de las funciones que en razón de la estructura definida para la Rama Judicial deberá asumir la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cuando sea integrada, y que continúan a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria aún en la precariedad de su existencia.

Igualmente, porque debe eliminarse la posibilidad de que una indebida aplicación de las normas constitucionales, incluida la norma de transición, dé lugar a una lectura que les endilgue el improcedente e inaceptable carácter de no ser normas abstractas e impersonales.

Se trata, sin dubitaciones, de garantizar que la aplicación de la norma transitoria se haga dentro de los precisos límites impuestos por la arriba analizada sentencia C-373-16.

En consecuencia, encuentra la Sala jurídicamente viable que el Congreso de la República, de ternas que le envíe el Presidente de la República, designe nuevos magistrados en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dentro del marco del artículo 254, inciso segundo, de la Constitución de 1991, para que estos continúen con el ejercicio transitorio de las

<sup>333</sup> Ley 270 de 1996, artículo 149. "Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: ... 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo. (...)".

funciones asignadas a dicha Sala por la misma Constitución, con la advertencia de que su permanencia estará supeditada al período de 8 años fijado por la norma citada (plazo) o a la efectiva integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (condición resolutoria), lo que ocurra primero.

### Consideración final

No pasa inadvertido a la Sala que el Gobierno nacional, el Congreso de la República y el Consejo Superior de la Judicatura tienen el deber constitucional y, por lo mismo, inexcusable, de realizar todas las actuaciones y adoptar todas las decisiones que se requieran para lograr, en el menor tiempo posible, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mediante la elección y posesión de sus dignatarios. Este deber implica, en primer lugar, según lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, preparar, presentar y tramitar el proyecto de ley estatutaria que debe desarrollar el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2015, para establecer el procedimiento y las reglas necesarias para efectuar la convocatoria pública, la selección y la presentación de las ternas necesarias para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

La voluntad del constituyente derivado, recogida en el actual artículo 257 A de la Constitución, en el sentido de crear un órgano autónomo dentro de la Rama Judicial encargado de la disciplina de los funcionarios y empleados judiciales y de los abogados, en aras de mejorar el servicio público de la justicia, exige adoptar, por parte de las autoridades competentes y sin ninguna dilación, las medidas urgentes y eficaces que garanticen el propósito buscado con la creación de la mencionada Comisión.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala responde:

• ¿Afecta el equilibrio de poderes y el diseño institucional de la Constitución Política que los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúen en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su período constitucional?

Conforme se explicó, la Constitución Política consagra que todos los altos cargos en las ramas del poder público y en los demás órganos del Estado tienen períodos fijos y en su mayoría no son reelegibles, lo que excluye la posibilidad de que tales períodos se amplíen "de facto", o que sus titulares permanezcan indefinidamente en el ejercicio de las respectivas funciones.

Dentro de este marco constitucional, la extensión de la permanencia en el cargo de los magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015, esto es, el 1º de julio de 2015, más allá del tiempo de sus respectivos períodos, debe entenderse únicamente bajo la observancia de las limitantes que estructuraron tal extensión como un mecanismo de transición.

El conjunto de situaciones en virtud de las cuales las previsiones del constituyente derivado han quedado desdibujadas y, por ende, afectan la constitucionalidad de la extensión de la permanencia en los cargos, no significa *a priori* que afecte el equilibrio de poderes. No obstante, su continuidad podría llegar a afectar tal equilibrio, en tanto y en cuanto se permitiría un privilegio personal dentro de unas reglas constitucionales que lo excluyen.

 Considerando que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debían ser elegidos en el período comprendido entre el 1 de julio de 2015 y el 1 de julio de 2016 y que a la fecha no existe el procedimiento para la elección de las ternas, ¿es posible que los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria sean removidos de sus cargos en cumplimiento de su período constitucional o estar en provisionalidad?

La respuesta a esta pregunta se incorpora en la respuesta a la pregunta siguiente.

 En el evento en que se genere la vacancia en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, ¿qué procedimiento debe surtirse para proveer dicho cargo?

El Acto Legislativo 2 de 2015 suprimió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al derogar tácitamente las normas constitucionales que la regulaban, y crear una nueva institución llamada a ejercer sus funciones. Sin embargo, al mismo tiempo sostuvo la vigencia <u>transitoria</u> de dicha sala para garantizar la continuidad de sus funciones, porque si bien el mecanismo de transición adoptado fue la permanencia de los magistrados que la integraban, jurídicamente el ejercicio de tales funciones es corporativo y no individual.

En consecuencia, la provisión de los empleos que integran dicha Sala procede con aplicación del régimen constitucional y legal originalmente previsto para tal efecto, esto es, el artículo 254 inciso segundo original de la Constitución de 1991, el cual, si bien no forma parte hoy en día del texto constitucional, continúa produciendo efectos jurídicos, en virtud de la permanencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en los términos y por las razones explicadas en este concepto.

Además, por razón de la necesaria aplicación ultractiva de la norma constitucional en cita, debe entenderse vigente el artículo 76, numeral 2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y las disposiciones del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) que se refieren a este mismo asunto.

De manera que, en criterio de la Sala, es procedente que el Congreso de la República provea en propiedad todos los cargos de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, previa integración de las ternas correspondientes por el Presidente de la República, conforme a las normas citadas. Todo el proceso que haya de finalizar con la designación de cada uno de los nuevos magistrados a que hubiere lugar, deberá ser explícito en lo que respecta a la condición resolutoria que pende sobre la duración del mismo, a saber, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Las designaciones anteriores implican necesariamente el retiro de las personas naturales que actualmente desempeñan los mencionados cargos.

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

### ACLARACIÓN DE VOTO CONSEJERO ÉDGAR González López

Con el mayor respeto por la decisión de la Sala, presento mi aclaración de voto sobre las respuestas y las consideraciones contenidas en el Concepto con radicación 2378 que corresponde a la ampliación del Concepto con radicación 2327, relacionado con la continuidad precaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (en adelante la SJD) y de sus Magistrados, con fundamento en el régimen de transición contenido en el parágrafo transitorio del artículo 257A de la Constitución Política.

Comparto el concepto contenido en la respuesta a la primera pregunta cuando manifiesta que la situación presentada con la continuidad en el ejercicio de las funciones de los Magistrados de la SJD, pese a cumplir su período constitucional, no significa *a priori* que afecte el equilibrio de poderes, y que la extensión de su permanencia en el cargo más allá del tiempo de sus respectivos períodos, debe entenderse únicamente bajo la observancia de las limitantes que estructuraron tal extensión como un mecanismo de transición, lo que, a mi juicio, corresponde al contenido del parágrafo transitorio del artículo 257A de la Constitución Política.

Sin embargo, no considero que las situaciones externas<sup>334</sup> que han impedido la designación de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (en adelante CNDJ) en el término del año siguiente a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, y por ende, que ha determinado la continuidad transitoria de los Magistrados de la SJD, puedan llegar a afectar el equilibrio de poderes, ni tampoco la creación de privilegios personales, en los términos del concepto.

En cuanto a la respuesta a las preguntas segunda y tercera, comparto que la provisión de los empleos que integran la SJD debe realizarse conforme a las previsiones del anterior artículo 254 inciso 2º, original de la Constitución Política de 1991. Lo anterior, en razón de la situación de incertidumbre y de la ausencia de norma expresa, que obliga a una interpretación sistemática y necesaria para determinar su conformación<sup>335</sup>.

<sup>334</sup> Se hace referencia a i) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha cinco (5) de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-24-000-2016-00484-00 (AI), M. P. Rocio Araujo Oñate, que declaró la nulidad del artículo 2.2.4.3 del Decreto 1189 del 2016, "por el cual se adiciona un título del Decreto 1081 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República", en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República" y ii) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha seis (6) de febrero de 2018, Rad. 11001-03-24-000-2016-00480-00 (AI), M. P. Stella Conto Díaz, que declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Acuerdo PSAA16-10548 del 27 de julio de 2016, "Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

<sup>335</sup> En un ordenamiento jurídico sistematizado propio de un Estado Social de Derecho y que busca precaver sus fines esenciales (Artículo 2 de la C.P.), no es posible concluir la ausencia de una solución acorde a derecho ante un presunto vacio legislativo o constitucional para determinar la estructura y conformación de una Corporación, así sea de existencia transitoria. Es preciso interpretar el conjunto de normas para dar una solución que permita garantizar el ejercicio y la continuidad de una función esencial atribuida a un poder público. En este caso, la función disciplinaria judicial atribuida transitoriamente a la SJD mientras inicia funciones la CNDJ.

La realidad del conjunto de normas del constituyente, relacionadas con la función disciplinaria y con el régimen de transición, mientras se posesionan los Magistrados de la CNDJ, es la existencia, así sea temporal de la SJD y, por tanto, la existencia así mismo precaria de las normas que determinaban su conformación<sup>336</sup>.

No obstante, las consideraciones para la integración de ternas y nominación de los Magistrados de la SJD en los términos precarios de su existencia, esto es, hasta que inicien funciones los nuevos Magistrados de la CNDJ, a mi juicio, son aplicables solo para los cinco cargos de Magistrado que en la actualidad no son ejercidos por quienes cumplían esa función a la fecha de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015. Por lo tanto, las consideraciones del Concepto, a mi juicio, no serían aplicables para los cargos de los dos Magistrados que ejercían sus funciones al 1 de julio de 2015 y que actualmente los desempeñan.

De la lectura de los antecedentes no es posible establecer cuál ha sido la forma de provisión de estos cargos con vacancia definitiva<sup>337</sup> desde el 1 de julio de 2015 hasta la fecha. Sin embargo, debe entenderse que no puede ser distinta de ñas previstas en el artículo 132 de la ley 270 de 1996 para vacancias definitivas y en los términos expresados en el Concepto que se aclara.

Por lo tanto, solo respecto de los Magistrados que ejercían sus funciones a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, está dirigida mi aclaración y las consideraciones que procedo a sustentar sobre varias de los argumentos expuestos en el Concepto:

# 1. El problema jurídico: la interpretación del parágrafo transitorio 1 del artículo 257A de la Constitución Política

### La norma reza:

"Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial</u>. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la

De esta manera, se debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y cumplir la función institucional de las autoridades de la República para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, tal como lo ordena el artículo segundo de nuestra Carta.

<sup>336</sup> La SJD integrada por siete Magistrados elegidos por el Congreso de ternas enviadas por el Gobierno, según el artículo 254 inciso 2 original de la Constitución Política, el cual ya no forma parte del texto constitucional, pero continúa produciendo efectos jurídicos en virtud de la existencia temporal de la SJD, como lo señala el concepto.

<sup>337</sup> Así sean cargos que tienen el carácter precario por estar sometidos al plazo y condición de la posesión de los magistrados de la CNDJ

Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad". (Subrayado fuera de texto).

En razón de varias circunstancias externas, lo cierto es que a la fecha no se han nombrado, ni han iniciado funciones los Magistrados de la CNDJ. Por esta razón, en la consulta presentada se indaga si los Magistrados de la SJD pueden continuar en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su período constitucional y si, además, los actuales Magistrados de esta Corporación pueden ser removidos de sus cargos en cumplimiento de su período constitucional o estar en provisionalidad.

Se trata de indagar cuál sería la interpretación debida al contenido de la norma transcrita:

- Considerar que los Magistrados de la SJD que ocupaban los cargos a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015 deberían ejercer sus funciones hasta la posesión de los miembros de la CNDJ, o,
- Considerar que los Magistrados de la SJD que ejercían funciones a esa fecha, y los demás que estén ejerciendo los otros cargos en esta Corporación, no podían continuar después del plazo de un año consagrado en esta norma, pues se estaría afectando la constitucionalidad por la extensión mayor de su permanencia en los cargos.

La Sala, en el concepto que se aclara, considera pertinente la segunda interpretación.

Para el suscrito, esta interpretación de la norma es procedente respecto de aquellos cargos de Magistrados de la SJD que no son ocupados por quienes los desempeñaban en la fecha de vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, pues no están contemplados en la norma constitucional transitoria.

La interpretación resulta distinta para quienes en esa fecha ocupaban tales cargos, y se mantienen en los mismos, como se desprende del texto constitucional. Vale recordar que cuando el sentido de la norma jurídica es claro, no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu<sup>338</sup>.

Además, es la misma norma constitucional la que consagra la permanencia de los "actuales" Magistrados de la SJD hasta el día en que se posesionen los miembros de la CNDJ. Por la misma razón, no considero que la norma constitucional y su posterior cumplimiento otorguen algún privilegio personal o de estabilidad indefinida para estos Magistrados, independiente de las circunstancias externas que han impedido la nominación y el ejercicio de funciones de los nuevos Magistrados de la CNDJ.

Aunque por las mismas razones del Concepto, comparto que los Magistrados que ejercían su cargo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015 carecen

<sup>338</sup> Colombia. Código Civil. Artículo 27. Capítulo IV. Interpretación de la ley.

de cualquier estabilidad jurídica que pueda ser exigible<sup>339</sup>, pues es claro que la norma constitucional no tiene como finalidad consagrar privilegio o beneficio personal alguno, dicha circunstancia no es óbice para desconocer el contenido de la norma y su finalidad de interés general.

Por lo tanto, reitero la vigencia y aplicación de las consideraciones expuestas en el primer concepto del 24 de abril de 2017<sup>340</sup>, como se explicará más adelante. Lo que debía proceder, a mi juicio, era la ampliación del Concepto con el fin de reiterarlo y referirse en forma adicional a la situación jurídica de los cargos de Magistrados que no eran ejercidos porque quienes los desempeñaban a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015, y para este caso, establecer el procedimiento para su designación.

En mi concepto, no hay duda alguna de que el sustento y finalidad fundamental de la norma transitoria constitucional es garantizar la continuidad de la función disciplinaria atribuida transitoriamente a la SJD mientras es ejercida por la CNDJ. Se trata de un fin plausible y necesario ante la eventualidad de que en el año siguiente no se hubieran nombrado a los Magistrados de la nueva Comisión y no se hubieran posesionado.

De esta manera, ante la ausencia de claridad en los antecedentes que dieron lugar a la norma transitoria constitucional frente a sus distintas interpretaciones, no hay razón para desechar la claridad de su texto, y además, desestimar la interpretación finalista de su contenido, es decir, la garantía de continuidad de la función.

En efecto, el constituyente consagró el plazo de un año para que fueron elegidos los Magistrados de la nueva CNDJ. En forma adicional, y no necesariamente incorporado en este término de un año, la norma señala que los actuales Magistrados de la SJD ejercerán sus funciones hasta el día en que se posesionen los miembros de la CNDJ.

Se trata de una interpretación de la norma ajustada a derecho y concordante con la garantía de continuidad de la función disciplinaria judicial. No hay reparo alguno de inconstitucionalidad para que el constituyente hubiera previsto la situación que se generaría si en el término del año no se hubieran elegido a los Magistrados de la CNDJ y no hubieran empezado a ejercer sus funciones. Con esta finalidad, estableció que de todas maneras los Magistrados actuales ejercerían sus cargos hasta la posesión de los miembros de la CNDJ.

La norma transitoria constitucional no transgrede la Constitución Política, en los términos de *"la teoría de la sustitución de la Constitución Política"* desarrollada por la Corte Constitucional<sup>341</sup>, por el hecho de haber previsto las garantías necesarias para la continui-

<sup>339</sup> Estimo que no existe estabilidad jurídica en la situación precaria de los actuales Magistrados de la SJD, pues no fue es la intención ni la finalidad de la norma, que busca garantizar la continuidad de la función disciplinaria en los términos del Acto Legislativo 2 de 2015, la cual se consolida con el solo funcionamiento de la SJD.

<sup>340</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017). Rad. Interna. 2327. C. P. Germán Alberto Bula Escobar.

<sup>341</sup> Como sí lo estableció la Corte en relación con el diseño orgánico previsto en el A.L. 02 de 2015, en remplazo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Corte Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia C-285-16. M. P. Luis Guillermo Guerrero y en relación con la Ley 1354 de 2009 "Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional" para la segunda reelección presidencial introducida por el A.L. 02 de 2015 Corte Constitucional. Sentencia C-141-10. M. P. Humberto Sierra Porto.

dad de la función, aún después de vencido el plazo de un año previsto para la elección de los nuevos Magistrados de la CNDJ.

No se desconoce que el plazo del año ha fenecido desde el 1 de julio de 2016, y que por circunstancias externas no se han podido proveer los nombramientos de los nuevos Magistrados. Sin embargo, estas circunstancias no permiten interpretar en forma diferente el contenido claro de la norma.

Lo que procede es la obligación inmediata tanto del Gobierno, mediante la presentación de un proyecto de ley estatuaria, como del Congreso, para tramitar un proyecto de ley que solucione de manera urgente esta situación. De no hacerlo, se produciría un estado de cosas inconstitucional, como lo señala el Concepto, pues no estaría cumpliendo con el mandato del parágrafo transitorio del artículo 257A C.P.

Si se presenta esta omisión en el cumplimiento de la función pública, existiría una clara responsabilidad, especialmente del Congreso, por no tramitar y aprobar en la próxima legislatura la convocatoria pública para la elección de los Magistrados de la CNDJ y por incumplir el mandato constitucional.

### Situación fáctica de la función disciplinaria judicial atribuida en forma transitoria a la SJD

# A. La inexistencia de nombramientos de los Magistrados de la CNDJ y del inicio de sus funciones.

El Acto Legislativo 2 de 2015 inició su vigencia el 1 de julio de 2015 y, por consiguiente, el plazo establecido del año para la elección de los Magistrados de la CNDJ venció el 1 de julio de 2016, sin que a la fecha se hayan podido elegir e iniciar funciones. Lo anterior, por las razones expuestas, relacionadas con las dos sentencias<sup>342</sup> de la Sala Plena del Consejo de Estado que anularon sendos actos administrativos del Consejo Superior de la Judicatura y del Presidente de la República, por considerar, en términos generales, que la convocatoria pública requerida en el artículo 257A de la C.P. debía ser realizada por ley estatutaria.

## B. El concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 24 de abril de 2017<sup>343</sup>

Esta situación determinó una primera consulta del Ministro de Justicia y del Derecho, para saber, en especial, hasta cuándo podían ejercer sus funciones los actuales Magistrados de la SJD; y si culminado su período de 8 años podían continuar ejerciendo el cargo.

En el concepto del 24 de abril de 2017, la Sala realiza unas importantes consideraciones sobre las normas del antiguo Consejo Superior de la Judicatura y las Sentencias de

<sup>342</sup> Se hace referencia a i) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha cinco (5) de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-24-000-2016-00484-00 (AI), cit. y ii) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha seis (6) de febrero de 2018, Rad. 11001-03-24-000-2016-00480-00 (AI), cit.

<sup>343</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de abril de 2017. Radicación interna: 2327.

la Corte Constitucional relacionadas con el Acto Legislativo 2 de 2015, en especial, las sentencias C-285 de 2016 y C-373 de 2016. Posteriormente, la Sala realizó el estudio de la norma de transición materia de comentarios<sup>344</sup>.

A partir de estos supuestos, en el caso específico, la Sala se pronuncia con relación a los Magistrados de la derogada SJD, en términos que considero importante transcribir:

"En ese escenario, garantizar la continuidad en el ejercicio de las funciones de la Sala por razón de su derogatoria tácita, supuso la adopción de varias medidas:

- (i) Fijó en un año, contado desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el plazo para que fueran elegidos los magistrados integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial;
- (ii) Con la posesión de sus integrantes, la Comisión asumiría los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria;
- (iii) <u>Mientras tanto, los magistrados que al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015 integraban dicha Sala, continuarían ejerciendo sus funciones;</u>
- (iv) <u>Los mismos magistrados permanecerían en ejercicio de sus funciones "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión…".</u>

Como norma de transición, esto es, como instrumento necesario para la puesta en marcha del nuevo modelo de disciplina judicial, la mayor permanencia en el ejercicio de funciones no puede entenderse como una ampliación o prórroga del período de 8 años, y tampoco torna el período fijo en un período indefinido.

La norma de transición asumió que el proceso de conformación de la Comisión para que pudiera iniciar sus actividades concluiría en un plazo algo mayor de un año, pues, como lo indica la consulta, elegidos dentro del lapso que concluía el 1º de julio de 2016, los magistrados dispondrían de los Términos legales para la posesión.

No obstante el plazo establecido, en el escenario de cambios tanto institucionales como de procesos para la conformación e inicio de actividades de las nuevas estructuras, no podía dejar de considerarse la posibilidad del vencimiento de los períodos personales de los magistrados que para entonces integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y el consiguiente efecto en la continuidad de la función disciplinar.

Es claro en los antecedentes del acto de reforma que la modificación del período de 8 años no fue un tema considerado. Las discusiones se centraron en concretar un mecanismo que eliminara o redujera el riesgo de interrupción de la mencionada función. Y finalmente se configuró como mecanismo de transición, que los entonces magistrados continuarían ejerciendo sus funciones hasta la posesión de los miembros de la Comi-

sión Nacional de Disciplina Judicial. La misma norma transitoria indicó que dicha posesión determinaba la asunción por la Comisión de los procesos disciplinarios a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria".

Me parece importante enfatizar en el párrafo siguiente del concepto citado:

"Como puede observarse, para la transición el constituyente derivado consagró - además de un plazo- una condición: la posesión de los integrantes del nuevo órgano de disciplina judicial; de manera que vencido el plazo, como en efecto ocurrió, la permanencia de los magistrados tampoco deviene en indefinida ni puede entenderse como un nuevo período fijo, pues la causa de su desvinculación está prevista y sigue siendo la misma, a saber la posesión de los miembros de la Comisión
Nacional de Disciplina Judicial, solo que ya no es medible en términos de plazos
concretos sino con referencia a un conjunto de acciones externas requeridas para
el logro de la conformación del nuevo órgano disciplinario de la Rama Judicial".

Como se observa, la norma establece un plazo de un año para la posesión de los Magistrados de la CNDJ. Sin embargo, vencido el año, no puede afirmarse que la permanencia de los Magistrados de la SJD deviene en indefinida, ni puede entenderse como un nuevo período fijo.

En otras palabras, el vencimiento del plazo señalado de un año no incide en la existencia de la CNDJ, ni tampoco modifica o suprime las reglas del artículo 257A constitucional, razón por la cual este vencimiento no es determinante en el análisis de la permanencia de los cargos de los Magistrados que integraban esa Sala a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015.

Así lo afirmó la Sala, al pronunciarse sobre el plazo:

"c) Sobre el plazo

(...)

En ese orden de ideas, el vencimiento del plazo señalado no incide en la existencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, tampoco modifica o suprime las reglas consagradas en el artículo 257 A constitucional sobre su integración, proceso de elección, período, requisitos, prohibición de reelección, funciones.

*(…)* 

Por consiguiente, el vencimiento del plazo no es el elemento determinante en el análisis de la permanencia en sus cargos de los magistrados que integraban la sala jurisdiccional disciplinaria cuando entró a regir el acto legislativo y el mecanismo de transición del artículo 257 A".

Finalmente, en las conclusiones y recomendaciones sobre este punto el Concepto señala:

- "1. El numeral 2 del artículo 254 de la Constitución de 1991 que contemplaba la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, fue derogado por el artículo 15 del Acto Legislativo 2 de 2015, en armonía con el artículo 19 del mismo Acto. Tal derogatoria operó en los precisos términos de la sentencia C-285-16. No obstante, como consecuencia de la transición establecida en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución, que mantuvo sujeta a plazo y condición las competencias de la sala y de los magistrados que la integraban, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúa virtualmente en ejercicio de las funciones que le eran propias, hasta tanto tomen posesión los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.
- 4. La permanencia de los magistrados está clara y expresamente sujeta a la posesión de quienes integren el nuevo órgano disciplinar.

En este punto, sin embargo, la Sala encuentra pertinente señalar que, dada su calidad de funcionarios de la Rama Judicial, les son aplicables las disposiciones de la Ley 270 de 1996 en cuanto a las causales de retiro del servicio - excepción hecha del vencimiento del período- que pueden tener ocurrencia antes de que sean resueltas las dificultades que en la actualidad impiden la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial<sup>3345</sup>.

Con fundamento en estas consideraciones la Sala conceptúa:

"1. ¿Hasta cuándo pueden ejercer sus funciones los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria?

Con base en el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política, quienes desempeñen el cargo de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con posterioridad al 1º de julio de 2015, pueden ejercer sus funciones "hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", sin perjuicio de las causales de retiro del servicio establecidas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

- 2. Si ya culminó su período de 8 años, ¿pueden los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuar ejerciendo el cargo?
- Sí. De conformidad con la respuesta a la pregunta anterior, que tiene fundamento en lo determinado por el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política".

Gran parte de las consideraciones citadas del primer concepto aparecen incorporadas en la ampliación del Concepto que se aclara mediante este escrito.

<sup>345</sup> Ley 270/96, artículo 149. "Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos: 1. Renuncia aceptada. / 2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo. / 3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente. / 4. Retiro forzoso motivado por edad. / 5. Vencimiento del período para el cual fue elegido. / 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación. / 7. Abandono del cargo. / 8. Revocatoria del nombramiento. / 9. Declaración de insubsistencia. / 10. Destitución. / 11. Muerte del funcionario o empleado.

# C. Las Sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado que decretaron la nulidad de las convocatorias públicas regladas adelantadas por el Consejo Superior de la Judicatura y por el Presidente de la República: la necesidad de una ley estatutaria

Con posterioridad al Concepto emitido se expidieron estas sentencias<sup>346</sup> que dejaron sin fundamento jurídico las convocatorias públicas realizadas por el Consejo Superior de la Judicatura y por el Presidente de la República, en términos generales, por considerar que tales convocatorias debían realizarse mediante una ley de carácter estatutario.

Estas circunstancias externas llevaron a que en la fecha no se haya podido integrar la CNDJ mediante el nombramiento de sus Magistrados, su toma de posesión y el inicio de sus funciones.

Si bien la norma transitoria constitucional señalaba el plazo de un año siguiente a la vigencia del Acto Legislativo, esto es, 1 de julio de 2016, la CNDJ no ha iniciado funciones y, por lo tanto, se ha presentado la ampliación de la consulta para saber la interpretación de la segunda parte del parágrafo transitorio del artículo 257 A de la C.P., sobre la situación de los Magistrados de la SJD que en esa fecha ejercían sus cargos, y que estableció:

"Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial".

### D. Solicitud de ampliación del Concepto del 24 de abril de 2017.

Por las razones anteriores, el Ministro de Justicia y del Derecho solicita la ampliación del concepto con el fin de establecer la viabilidad de la continuación o del retiro de quienes se desempeñaban como Magistrados de la SJD en la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015.

En esta solicitud se pregunta si se afecta el equilibrio de poderes y el diseño institucional de la C.P. por el hecho de que los Magistrados de la SJD continúen en el ejercicio de sus funciones pese al cumplimiento de su período constitucional.

Así mismo, si es posible que los actuales Magistrados de esa Corporación sean removidos de sus cargos y, finalmente, qué procedimiento debe surtirse para proveer dichos cargos en caso de que se genera la vacancia.

### E. Ampliación del Concepto inicial de fecha 24 de abril de 2017

Para la Sala, el conjunto de situaciones en virtud de las cuales las previsiones del constituyente derivado han quedado desdibujadas, afectan la constitucionalidad de la

<sup>346</sup> Se hace referencia a i) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha cinco (5) de diciembre de 2017, Rad. 11001-03-24-000-2016-00484-00 (AI), cit. y ii) la Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha seis (6) de febrero de 2018, Rad. 11001-03-24-000-2016-00480-00 (AI), cit.

extensión de la permanencia en los cargos, pero no significa *a priori* que afecte el equilibrio de poderes. No obstante, su continuidad podría llegar a afectar tal equilibrio, en tanto y en cuanto se permitiría un privilegio personal dentro de unas reglas constitucionales que lo excluyan.

En forma adicional, para la Sala es procedente que el Congreso de la República provea en propiedad todos los cargos de Magistrados de la SJD, previa integración de las ternas correspondientes por el Presidente de la República, en los términos del artículo 254, inciso 2°, original de la Constitución Política de 1991. En la designación de estos nuevos Magistrados, deberá ser explícita la condición resolutoria que pende sobre la duración del mismo, esto es, la efectiva conformación de la CNDJ. Por lo tanto, estas designaciones implican necesariamente el retiro de las personas que actualmente desempeñan estos cargos.

### 3. Contenido de las aclaraciones a la ampliación del concepto emitido

Como se ha expresado, comparto la casi totalidad del concepto emitido por la Sala el 24 de abril de 2017, y estimo que la ampliación debió partir de su contenido para explorar la situación jurídica de los cincos cargos que son ejercidos por Magistrados que no ocupaban tales cargos a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015.

En mi concepto, gran parte de las consideraciones expuestas en la ampliación del concepto deben estar referidas a estos cinco cargos, que no se encuentran contemplados en el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la C.P., pues no eran los Magistrados que ejercían funciones en la fecha de vigencia de la reforma constitucional.

Para estos cargos, es procedente la interpretación de la Sala respecto de su provisión, en los términos del artículo 254, inciso 2, original de la C.P. pues si se llega a la conclusión de que la SJD existe como medida transitoria para garantizar la continuidad de la función, mientras se posesionan los Magistrados de la CNDJ, es procedente su conformación y estructura bajo las normas que la regulaban, que perviven solo para conjurar esta situación excepcional y transitoria.

Considero que la situación de quienes en esa fecha ejercían funciones en la SJD es distinta, sin que ello implique un tratamiento discriminatorio o con desconocimiento del principio de igualdad, pues es la misma norma constitucional transitoria que les permite ejercer su función hasta el día que se posesionen los miembros de la CNDJ, en los mismos términos expuestos en el Concepto del 24 de abril de 2017. En este caso, existe un fundamento constitucional que permite señalar sus diferencias para garantizar la continuidad de la función disciplinaria judicial.

Por otra parte, estimo que los Magistrados que se encontraban ejerciendo funciones al 1 de julio de 2015, no debían retirarse al vencimiento de su período, en las voces del contenido del precepto. Como lo indicó la Sala en el Concepto del 24 de abril de 2017, la misma norma transitoria constitucional señala su permanencia en el ejercicio de sus funciones "hasta el día en que se posesionen los miembros de la Comisión", como un instrumento necesario para la puesta en marcha del nuevo modelo, sin que pueda entenderse

como una ampliación o prórroga del período de ocho años, y tampoco modificar el período fijo en un período indefinido.

Con fundamento en la garantía de continuidad de la función, "no podía dejar de considerarse la posibilidad del vencimiento de los períodos personales de los Magistrados que para entonces integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria...". Esta mayor extensión del tiempo, "...se configuró como mecanismo de transición, que los entonces Magistrados continuarían ejerciendo sus funciones hasta la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial"<sup>347</sup>.

Por consiguiente, la norma transitoria del constituyente derivado consagró además de un plazo, una condición: la posesión de los integrantes del nuevo órgano de disciplina judicial.

 En la ampliación del Concepto, se afirma que la permanencia de los Magistrados se tornó en indefinida, con la crítica conceptual sobre una situación contraria al querer de la norma constitucional.

Al respecto, es importante citar el Concepto inicial:

"...la permanencia de los Magistrados tampoco deviene en indefinida ni puede entenderse como un nuevo período fijo, pues la causa de su desvinculación está prevista y sigue siendo la misma, a saber la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial..."<sup>348</sup>.

Además, la situación indeterminada pero determinable por la misma condición y plazo de la norma, y la crítica sobre su prolongación en el tiempo, mal llamada indefinición, igualmente puede resultar predicable en la alternativa acogida por el Concepto para el retiro y nombramiento de nuevos Magistrados de la SJD, mientras se eligen los nuevos Magistrados de la CNDJ.

En efecto, si el Congreso no procede a la aprobación de la ley que reglamente la convocatoria pública necesaria para el proceso de elección de los nuevos Magistrados. No obstante su obligación, los Magistrados que pretendan nombrarse en la SJD, igualmente quedarían en una situación indeterminada pero determinable, y en las voces del Concepto, de carácter indefinido.

• En cuanto a las consideraciones del Concepto en el sentido de que la expresión "(l) os Magistrados actuales" se refiere a los cargos de Magistrados existentes en la SJD al entrar en vigencia el Acto Legislativo 2 de 2015, es pertinente una aclaración:

Como se expresó, la norma transitoria constitucional no buscó el beneficio personal o la estabilidad de unos funcionarios, pues se reitera: la finalidad de interés general es garantizar la continuidad de la función disciplinaria judicial.

<sup>347</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017). Cit. 348 Ibídem.

La distinción que pretende hacerse entre los cargos de los Magistrados y las personas que las ocupan puede entenderse desde el punto de vista de la pervivencia de la SJD como institución necesaria y transitoria en el cumplimiento del fin citado. Sin embargo, no es la lectura que puede darse al parágrafo transitorio materia de comentarios.

Si se observa la norma, es discutible la posibilidad de reemplazar "Magistrados actuales" por "cargos", pues el tenor literal de la norma se tornaría incomprensible, en los siguientes términos: "Los cargos actuales de los Magistrados ejercerán sus funciones hasta el día en que se posesionen los nuevos". Por consiguiente, habría que concluir que la norma transitoria se refirió a los "Magistrados actuales" a la fecha de vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015.

De la misma manera, se reconoce como regla general que las normas deben ser abstractas y generales, como lo expresa el Concepto. Pero nada impide, ni es por sí mismo contrario a la Constitución Política, que una norma transitoria constitucional se refiera en forma específica a los Magistrados actuales de una Corporación que pretende sustituirse por otra, con el fin de que se garantice la continuidad de una función esencial de carácter disciplinario judicial.

Por consiguiente, se presentan estas aclaraciones solo respecto de quienes ocupaban los cargos de Magistrados de la SJD al 1º de julio de 2015, en síntesis, para considerar que no existe una indefinición en su permanencia; que no consolida un beneficio o privilegio personal para estos Magistrados; que no es posible tampoco reemplazar en el texto de la norma la expresión "cargos" por "Magistrados". En forma adicional, estimo que la norma transitoria que se ha venido analizando establece el plazo de un año y una condición adicional, la posesión de los nuevos Magistrados de la CNDJ, como se planteó en el Concepto inicial.

En estos términos, dejo rendida mi aclaración de voto.

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

# II. ASUNTOS ELECTORALES

1. Inhabilidades de los Congresistas. Cámara de Representantes. Parentesco de un eventual candidato con un Viceministro. Concepto de autoridad civil o política.

#### Radicado 2355

Fecha: 05/12/2017

Consejero Ponente: Édgar González López

Levantamiento de la reserva mediante oficio 2437 del 31 de enero de 2018

El señor Ministro del Interior solicita concepto sobre la inhabilidad que podría recaer sobre el pariente de un Viceministro, para ser elegido como Representante a la Cámara en las próximas elecciones populares del Congreso de la República.

## I. ANTECEDENTES

- La consulta presentada por el Ministerio del Interior tiene origen en las inquietudes planteadas por un funcionario que ejerce el cargo de Viceministro, respecto a la eventual inhabilidad en la que podría estar incurso su pariente para ser Congresista, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.
- 2. Como fundamento de la consulta el Ministerio del Interior destaca, en primer lugar, que son cuatro los elementos que ha identificado la jurisprudencia del Consejo de Estado para la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Carta: primero, el parentesco que debe existir entre el candidato al Congreso de la República y el funcionario público; segundo, la autoridad civil y política que debe ejercer el funcionario que tiene el parentesco con el candidato; tercero, el factor temporal, referido al momento en el cual el funcionario que tiene el parentesco con el candidato debe ejercer el cargo con autoridad civil y política y, por último, el factor territorial relativo a la circunscripción en la que debe actuar el funcionario público para inhabilitar a su pariente.
- 3. En relación con el factor territorial, resalta la consulta que de acuerdo con los últimos incisos del artículo 179 de la C.P. y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para determinar la configuración de la inhabilidad del numeral 5 ibídem se debe tener en cuenta si el candidato a congresista lo es por circunscripción territorial o nacional, pues si es territorial (Representante a la Cámara) la inhabilidad se configura si el funcionario frente al cual se predica el parentesco ejerce autoridad civil y política en la misma circunscripción del candidato, pero si el candidato a congresista lo es por la circunscripción nacional (Senado), la inhabilidad se configura si el funcionario que tiene parentesco con el candidato ejerce autoridad civil y política en todo el territorio nacional.

Como respaldo de estas afirmaciones, la consulta destaca que el constituyente excluyó expresamente la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 179 ibídem, de la regla incorporada en el último inciso del mismo artículo, según la cual, la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

Sin embargo, resalta la consulta que no es claro si la inhabilidad se configura cuando el pariente de un eventual candidato a Representante a la Cámara ejerce un cargo del orden nacional, pues a pesar de que un argumento *a fortiori* permitiría entender que en este evento con mayor razón se configura la inhabilidad, las causales de inhabilidad son taxativas y por tanto, son de interpretación y aplicación restrictiva.

4. Finalmente, la consulta plantea la incertidumbre sobre la posibilidad de afirmar que un Viceministro ejerce "autoridad civil y política", de acuerdo con las normas legales y los desarrollos jurisprudenciales existentes en la materia.

A partir de este escenario jurídico el Ministro del Interior formula las siguientes

### **PREGUNTAS**

- ¿Cómo debe interpretarse la inhabilidad para ser congresista prevista en el artículo 179 numeral 5º de la Constitución Política si el pariente del candidato ejerce un cargo del orden nacional? Concretamente, ¿puede el pariente de un Viceministro aspirar a una curul en la Cámara de Representantes?
- 2. ¿El cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política?
- 3. En caso se (sic) que se considerase que el señor Viceministro ejerce autoridad civil o política, ¿qué posibilidades administrativas tendría?

#### II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico central planteado a la Sala se orienta a determinar si a la luz de la causal prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, el pariente de un Viceministro está inhabilitado para aspirar a una curul en la Cámara de Representantes.

Para absolver este interrogante y los demás planteados por la consulta, la Sala considera necesario analizar los siguientes temas:

- 1. Consideraciones preliminares sobre el numeral 5 del artículo 179 de la C.P.
- 2. Ámbito territorial en el que debe actuar el funcionario respecto del cual se predica el parentesco con el candidato al Congreso de la República.
- 3. La posibilidad de ejercer autoridad civil y política por parte de un Viceministro.
  - Consideraciones preliminares sobre el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

Dentro de las inhabilidades previstas en el artículo 179 superior para ser Congresista, se encuentra la siguiente:

"(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)"

(Destaca la Sala).

Los elementos configurativos de esta causal se encuentran contemplados en los dos incisos finales de la norma, que disponen:

"Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5". (Negrillas de la Sala).

De acuerdo con una interpretación sistemática de las disposiciones transcritas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado de manera reiterada que para que se configure la causal del citado numeral 5, deben concurrir cuatro elementos<sup>349</sup>:

- i) La existencia de un parentesco entre el candidato y un funcionario público;
- ii) Un elemento funcional, relativo a la autoridad civil o política que debe ejercer el funcionario que tiene el vínculo de parentesco con el candidato o persona elegida;
- iii) Un elemento temporal, referido al momento en el cual debe ejercerse el cargo público por parte del funcionario que tiene el vínculo de parentesco con el candidato y,
- iv) Un elemento espacial o territorial, referido a la circunscripción en el que debe actuar el funcionario que ejerza autoridad civil o política.

En relación con el primer criterio, la norma constitucional es clara. En efecto, el parentesco entre el candidato a congresista y el funcionario público que ostenta autoridad civil o política debe darse en los grados y modalidades expresamente previstos en la norma constitucional.

<sup>349</sup> Cfr. Entre otras sentencias: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 24 de noviembre de 1999, dentro de los radicados 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914 (acumulados). M. P. Darío Quiñones Pinilla y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de mayo de 2013. Rad. No 11001-03-15-000-2012-00789-00 (PI). M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Por su parte, la norma superior guardó silencio sobre el factor temporal necesario para la configuración de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 superior.

Esta laguna ha sido colmada entonces por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que en un primer momento consideró que la inhabilidad se configuraba si la autoridad política o civil se ejerce por parte del pariente del elegido el día de las votaciones<sup>350</sup>, pero posteriormente afirmó la tesis actualmente vigente, según la cual, la inhabilidad se configura incluso si el pariente es funcionario público con autoridad civil o política al momento de la inscripción del candidato<sup>351</sup>.

Bajo estos presupuestos, la consulta presentada por el Ministerio del Interior está circunscrita al segundo y cuarto de los requisitos que se deben presentar para que se configure la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 C.P., específicamente cuando el pariente de un Viceministro aspira al Congreso de la República.

Para seguir el orden planteado por el Ministerio del Interior en la consulta, la Sala considera pertinente analizar, en primer lugar, el ámbito territorial en el que debe actuar el funcionario respecto del cual se predica el parentesco con el candidato al Congreso y, posteriormente, la posibilidad de ejercer autoridad civil y política por parte de un Viceministro.

# El ámbito territorial en el que debe actuar el funcionario respecto del cual se predica el parentesco con el candidato al Congreso de la República

Los dos últimos incisos del artículo 179 de la C.P. contienen regulaciones especiales en cuanto al ámbito territorial en el que debe actuar el funcionario que ejerza autoridad civil o política, para que se configure la inhabilidad contemplada en el numeral 5, así:

"Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. (...)

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

Como lo señaló esta Sala en Concepto del 5 de noviembre de 1991, de las disposiciones transcritas se deducen los siguientes principios:

<sup>350</sup> En este sentido se encuentran las siguientes sentencias: Sentencia de 31 de julio de 2009. Radicado interno 0240. M. P. María Nohemí Hernández; Sentencia de 6 de julio de 2009, Radicado interno 4056-4084. M. P. Susana Buitrago Valencia; Sentencia de 8 de mayo de 2008. Radicado interno 4060-4068. M. P. Filemón Jiménez Ochoa y Sentencia de 22 de marzo de 2007. Radicado interno 4001-4005. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>351</sup> Esta segunda tesis, hoy vigente, deriva de una interpretación teleológica de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del art. 179 de la C.P. pues se parte del presupuesto de que la finalidad de la inhabilidad es evitar que el candidato se pueda beneficiar de la estructura de poder con la que cuentan sus familiares para tomar ventaja en las elecciones. En consecuencia, se concluye que el efecto útil de la norma implica entender que la inhabilidad se configura siempre que el pariente se encuentre en ejercicio del empleo o cargo público al momento de la inscripción oficial del candidato, toda vez que desde este momento puede beneficiarse de las prerrogativas de su pariente con miras a ganar la elección. Sentencias de Unificación del Consejo de Estado. Sala Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00. M. P. Alberto Yepes Barreiro (E) y Sentencia del 9 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00061-00. M. P. Susana Buitrago Valencia.

- "1) Las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso, prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución, como las contempladas por los números 2, 3 y 6 de la misma disposición, en principio, sólo rigen para las "situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección" (Art. 179, número 8, inciso 2, de la Constitución); es decir, para que exista causal de inhabilidad por parentesco, según la citada disposición, el empleado con autoridad civil o política debe ejercerla en la misma circunscripción en que el pariente es candidato al Congreso.
- 2) Por consiguiente, las causales de inhabilidad prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que está inscrito el candidato al Congreso.
- 3) El artículo 179, inciso final, para los efectos de lo prescrito por la misma disposición, hace coincidir "la circunscripción nacional" "con cada una de las territoriales", salvo para la inhabilidad contemplada por el número 5 de la misma disposición.

Este precepto significa que, por presunción constitucional, la "circunscripción nacional", a que se refiere el artículo 171 de la Constitución para elegir senadores, se asimila o identifica "con cada una de las territoriales" para que las causales de inhabilidad que se presentaren en éstas, puedan ser aplicadas a los candidatos al Senado: se trata, por consiguiente, respecto de las elecciones para ser senadores, de una excepción, prescrita por la Constitución, al principio del artículo 179, número 8, inciso 2, según el cual "las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección" (la Sala subraya).

Pero, como excepción a la excepción, el artículo 179, número 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso contempladas por el número 5 de la misma disposición. En consecuencia, el nexo de parentesco que esta disposición contempla sólo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de senadores, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio de la "circunscripción nacional" (Arts. 171, 179, número 8, inciso 2, de la Constitución) "352". (Subraya la Sala).

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"De manera que, además de los elementos generales configurativos de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Carta, existe uno especial en relación con el ámbito territorial en que debe actuar el funcionario respecto del cual se aduce dicha inhabilidad. Y para determinar ese elemento se debe tener en cuenta si el candidato a congresista lo es por circunscripción territorial o nacional, es decir si se trata de aspirante a Cámara de Representantes o a Senador. En el primer caso, ese elemento especial de la inhabilidad se configura si el funcionario respecto del cual se invoca el parentesco ejerce

la autoridad civil o política en la misma circunscripción del candidato, lo cual quiere decir que no opera si se ejerce en una circunscripción electoral diferente a aquella a la que aspira el candidato a Representante a la Cámara. En el segundo caso, el elemento por razón del territorio se estructura si el funcionario con autoridad civil o política la ejerce en todo el territorio de la circunscripción y no solo en una territorial, pues, precisamente, respecto de esta inhabilidad del numeral 5, tratándose de la circunscripción nacional, el constituyente estableció la excepción a la regla que consagra para las inhabilidades de los numerales 2, 3, 5 y 6 del mismo artículo 179, en el sentido de considerar que la circunscripción nacional coincide con cada uno de las territoriales, esto es que se presenta la inhabilidad así el funcionario ejerza autoridad civil o política únicamente en una circunscripción de ámbito territorial. Pero tratándose de la inhabilidad del numeral 5 no se considera que la circunscripción nacional coincida con cada una de las territoriales y, por consiguiente, para que se configure se requiere que el funcionario ejerza autoridad civil o política en todo el territorio nacional "353". (Subraya la Sala).

En definitiva, de acuerdo con lo previsto en los dos últimos incisos del artículo 179 de la C.P., la inhabilidad prevista en el numeral 5 de esa norma solo se configura cuando el funcionario público ejerce autoridad civil y política en la misma circunscripción en la cual deba efectuarse la elección del candidato con el cual tiene vínculo de parentesco.

Ahora bien, una primera aproximación a los supuestos de hecho cobijados por la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la C.P., permite afirmar su perfecta armonía con la teleología que se le puede atribuir a esta causal de inhabilidad.

Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación ha sostenido que la inhabilidad para ser Congresista, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 179 de la C.P., se fundamenta "en la necesidad de prevenir y erradicar factores que puedan alterar o desequilibrar indebidamente los resultados de las elecciones, pues se rompe el principio de igualdad (artículo 13 C.P.) y se desconoce el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40 ibídem)"<sup>354</sup>.

De manera adicional, la Sección Quinta de esta Corporación también ha señalado que la inhabilidad para ser Congresista por el vínculo de parentesco, con un funcionario que tenga autoridad civil o política en la misma circunscripción en la que se presenta el candidato, está dirigida a luchar contra el nepotismo y el establecimiento de dinastías familiares<sup>355</sup>.

En este orden de ideas, es indiscutible que la inhabilidad para ser Congresista cuando el pariente de un candidato a la Cámara de Representantes ejerce autoridad civil o política en la respectiva circunscripción, o cuando el pariente del aspirante al Senado ejerce autoridad civil o política en todo el territorio nacional, cumple con el cometido de preservar y promover la democracia, por cuanto garantiza la igualdad y el equilibrio entre los candidatos que se presentan a las contiendas electorales para ser Congresistas.

<sup>353</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 24 de noviembre de 1999, cit.

<sup>354</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de julio de 2012 (PI, acumulados 00348 y 00357).

<sup>355</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de Unificación del 26 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00. M. P. Alberto Yepes Barreiro (E).

El Constituyente primario estableció la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la C.P. e incorporó expresamente en el mismo artículo la regla según la cual, la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5 y, en consecuencia, limitó esta inhabilidad a los estrictos eventos en los que la circunscripción del candidato coincide formalmente con el ámbito territorial del ejercicio de autoridad civil o política del funcionario público con el cual tiene parentesco.

Como consta expresamente en las actas de la Asamblea Constituyente, la citada excepción fue incorporada con el fin de evitar:

"caer en el problema... de que un primo que sea funcionario en Titiribí impida al otro primo que sea Senador de la República" 356.

Sin duda, la lógica del Constituyente primario fue la siguiente: como se deduce de las consideraciones arriba transcritas, los Constituyentes estimaron que un funcionario del nivel territorial no puede influir en una elección de carácter nacional, o por lo menos que dicha influencia no tenía la entidad suficiente para generar un desequilibrio o desigualdad entre los candidatos de la respectiva contienda electoral o, en últimas, que dicha circunstancia no tenía la entidad suficiente para limitar el derecho a ser elegido senador, que tiene el pariente de un funcionario público. Con el mismo argumento, la norma constitucional protege el derecho a ser elegido representante a la cámara, que tiene el pariente de un funcionario del orden nacional.

En síntesis, se debe concluir que el pariente de un Viceministro (de acuerdo con los vínculos y grados previstos en el numeral 5 del artículo 179 de la Carta) no está inhabilitado para aspirar a una curul en la Cámara de Representantes, pues el cargo de Viceministro corresponde a una circunscripción nacional, la cual en el caso de dicho numeral, no coincide con la circunscripción territorial en la cual se efectúa la elección de los Representantes a la Cámara.

Conviene reiterar que las normas que integran el régimen de inhabilidades son taxativas y en consecuencia, son de aplicación restringida y no admiten interpretación analógica o extensiva.

Es preciso señalar que respecto de la Cámara de Representantes existen también las circunscripciones especiales para asegurar la participación de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior, conforme lo establece el inciso 4º del artículo 176 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

Inciso cuarto. <Inciso modificado por el artículo 6º del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> "Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cuatro (4) Representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las

<sup>356</sup> Antecedentes del Artículo No 179 de la Constitución Nacional. Biblioteca del Consejo de Estado, p. 136.

comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas, y uno (1) por la circunscripción internacional. En esta última, solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior".

La Ley Estatutaria 649 de 2001, "Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia", en su artículo 1º estableció lo siguiente:

**"Artículo 1º.** De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción <u>nacional</u> especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas<sup>357</sup> y los colombianos residentes en el exterior.

(...)" (Subraya la Sala).

Como se advierte, esta norma legal califica la circunscripción como "nacional" para la elección de los Representantes a la Cámara por los grupos étnicos y los colombianos residentes en el exterior, de manera que en el caso de la consulta, si el pariente del Viceministro aspira a una de estas curules, ahí sí se presentaría la inhabilidad por tratarse de una circunscripción de carácter nacional.

Ahora bien, la Sala considera pertinente realizar un examen sucinto sobre la autoridad civil o política que se podría predicar respecto de un Viceministro en nuestro país.

# 3. La posibilidad de ejercer autoridad civil y política por parte de un Viceministro

Desde los albores de la Constitución de 1991, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre lo que debe entenderse por autoridad civil, administrativa y política a la luz de la nueva Carta Política, en especial, en relación con la norma sobre inhabilidades e incompatibilidades incorporadas en el artículo 179 de la misma, así:

- "5º) Los cargos con autoridad, a que se refiere la Constitución, tienen las siguientes características:
- a) <u>Los cargos con autoridad política</u>, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno.
- b) <u>Los cargos con autoridad administrativa</u> son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los

<sup>357</sup> La expresión "las minorías políticas" debe entenderse derogada por el artículo 6º del Acto Legislativo 2 de 2015.

departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil

- c) <u>Los cargos con autoridad militar</u>son todos los que, pertenecientes a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.
- d) <u>La autoridad civil corresponde</u>, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley (sic) del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

- c) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.
- 5º) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo estatuto, el ejercicio concurrente de todas o algunas de las modalidades específicas que asume la autoridad. Así, por ejemplo, el Presidente de la República, que es Jefe del Estado y del Gobierno y "suprema autoridad administrativa", ejerce autoridad política y administrativa; además, cuando dirige la fuerza pública y dispone "de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República" (Art. 189, número 3, de la Constitución), ejerce autoridad política y militar; si ejerce funciones como "suprema autoridad administrativa" también lo hace como autoridad civil y si actúa en relación con el Congreso o con la Rama Jurisdiccional (arts. 200 y 201 de la Constitución), ejerce autoridad política y civil.

Del mismo modo, los ministros y directores de departamentos administrativos que, como miembros del Gobierno, con el Presidente de la República ejercen autoridad política, cuando obran como jefes superiores de los correspondientes servicios, ejercen autoridad administrativa. Además, el ejercicio de empleos con autoridad política y administrativa, también implica una de carácter civil"358.

En este orden de ideas, el concepto concluye "que las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden".

<sup>358</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de noviembre de 1991. Radicado con el No 413. M. P. Humberto Mora Osejo.

Con posterioridad, la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, introdujo los siguientes conceptos, que se han convertido en los referentes normativos más cercanos en el ordenamiento jurídico para comprender y dar alcance a los conceptos de autoridad civil y política, y que por lo tanto pueden ser empleados en este concepto<sup>359</sup> para determinar si un Viceministro ejerce autoridad civil o política en nuestro país.

"Artículo 188. Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil <u>la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones</u>:

- 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
- 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.
- 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones"

"Artículo 189. Autoridad política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo". (Subraya la Sala).

Como se puede observar, de acuerdo con el artículo 189 arriba transcrito, **la autoridad política** se define a través de un criterio orgánico que, a su vez, está determinado por el desempeño de determinados cargos que hacen parte del Gobierno municipal, como el del alcalde, los secretarios y los jefes de departamentos administrativos, y el de las personas que ejercen temporalmente estos cargos.

Así las cosas, una aplicación de este criterio a los cargos de nivel nacional, permite concluir que poseen autoridad administrativa en Colombia todos los funcionarios que hacen parte del Gobierno nacional, como el Presidente de la República, sus ministros, jefes de departamentos administrativos, entre otros, y las personas que asumen temporalmente estos cargos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido al alcance del concepto de **la autoridad civil y administrativa** en los siguientes términos:

<sup>359</sup> Sobre la posibilidad de aplicar los conceptos de autoridad civil, política o administrativa introducidos en la Ley 136 de 1994 a las referencias constitucionales y legales en esta materia, se ha pronunciado la Sala Plena de esta corporación: en Sentencia del 8 de mayo de 2007. Exp. 00016, reiterada en la Sentencia de la Sala Plena del 15 de febrero de 2011. Rad. No 11001-03-15-000-2010-01055-00. M. P. Enrique Gil Botero.

"De los fallos y conceptos de esta corporación puede concluirse: 1) que los conceptos de autoridad civil y administrativa conservan como notas distintivas, por una parte, el poder de mando y la autonomía decisoria de los funcionarios previstos en ley o reglamento y, por otra, la correlativa sujeción y obediencia de quienes están sujetos a su autoridad. 2) de acuerdo con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa los cargos que allí se mencionan y constituyen actos típicos de autoridad los que allí se enuncian; 3) además de los señalados en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa aquellos cargos respecto de los cuales pueda predicarse, luego de un análisis desde el punto de vista orgánico y funcional, que tienen poder de mando y de disposición sobre los ciudadanos, sobre el personal que sirve a la administración o sobre los bienes que le son confiados para satisfacer los servicios a cargo del Estado; poder que, se insiste, obliga a los ciudadanos o a los funcionarios públicos" 360.

Más recientemente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente<sup>361</sup>:

"(...) la autoridad civil consiste "en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad que recaen sobre los ciudadanos, la comunidad en general y sobre la organización estatal en sí. Dicha manifestación de autoridad implica, por lo tanto, dirección o mando y se expresa en la posibilidad de impartir órdenes, instrucciones o de adoptar medidas coercitivas, de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento, motivo por el cual se dice que:

"la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión-las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquella que determina originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública" 362.

En este orden de ideas, a efectos de determinar si un Viceministro ejerce "autoridad civil" en Colombia, la Sala observa la necesidad de confrontar las funciones constitucionales y legales asignadas a los Viceministros, con las funciones enunciadas en el art. 188 de la Ley 136 de 1994.

Resulta entonces, importante recapitular las siguientes normas que regulan las funciones de los Viceministros en nuestro ordenamiento:

<sup>360</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 2007-00803, del 6 de febrero de 2009, Rad. 130012331000200700808 01 y 130012331000200700804 (acumulados). M. P. Mauricio Torres Cuervo.

<sup>361</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de mayo de 2013. Rad. No 11001-03-15-000-2012-00789-00 (PI). M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>362</sup> Cita original. Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia del 11 de febrero de 2008, expediente 00287-00.

## i) Constitución Política.

**"Artículo 208.** Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros.

Los ministros y los directores de departamentos administrativos presentarán al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes.

Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. <u>Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros,</u> los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público". (Subraya la Sala).

# ii) Ley 489 de 1998 (Estatuto de la Administración Pública)

- **Artículo 62.- Viceministros.** Son funciones de los viceministros, además de las que les señalan la Constitución Política, el acto de creación o las disposiciones legales especiales y, dependiendo del número existente en el respectivo Ministerio, las siquientes:
- a. <u>Suplir las faltas temporales del Ministro, cuando así lo disponga el Presidente de la República.</u>
- b. Asesorar al Ministro en la formulación de la política o planes de acción del Sector y asistirlo en las funciones de dirección, coordinación y control que le corresponden;
- c. Asistir al Ministro en sus relaciones con el Congreso de la República y vigilar el curso de los proyectos de ley relacionados con el ramo;
- d. Cumplir las funciones que el Ministro le delegue;
- e. Representar al Ministro en las actividades oficiales que éste le señale;
- f. Estudiar los informes periódicos u ocasionales que las distintas dependencias del Ministerio y las entidades adscritas o vinculadas a éste deben rendir al Ministro y presentarle las observaciones pertinentes;

- g. Dirigir la elaboración de los informes y estudios especiales que sobre el desarrollo de los planes y programas del ramo deban presentarse;
- h. <u>Velar por la aplicación del Plan de Desarrollo Administrativo específico del sector respectivo;</u>
- i. <u>Representar al Ministro, cuando éste se lo solicite, en las juntas, consejos u otros cuerpos colegiados a que deba asistir;</u>
- j. <u>Garantizar el ejercicio del control interno y supervisar su efectividad y la observancia de sus recomendaciones".</u> (Subraya la Sala).

Como se puede observar, las funciones señaladas en los literales a, d, e, h, i y j de esta norma constituyen unas facultades de autoridad civil en la medida en que, como establece el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, conllevan la capacidad legal y reglamentaria para ejercer el poder público en función de mando, ya que algunas se refieren a facultades del Ministro que potencialmente puede desempeñar el Viceministro y otras emplean verbos rectores como "velar", "garantizar" y "supervisar" que implican una labor de dirección y de asumir responsabilidad de mando sobre determinadas actividades.

La circunstancia de que el Viceministro pueda ejercer estas facultades, ya de por sí significa que está habilitado para desempeñarlas en cualquier momento, de manera que constituyen atribuciones legales que le confieren el carácter de autoridad civil.

Aunque no haya suplido faltas temporales del Ministro o este no le haya delegado funciones o no le haya confiado su representación en actos oficiales o en juntas o consejos directivos, el Viceministro tiene la capacidad legal y reglamentaria, como dice el citado artículo 188, de ejercerlas y por tanto, son funciones inherentes a su condición de autoridad civil.

En otras palabras, no se requiere que haya ejercido real y materialmente tales funciones. Basta que tenga la posibilidad de ejercerlas para que se considere a un Viceministro como autoridad civil en el país.

Además, conforme al inciso primero del artículo 62 de la Ley 489 de 1998, habría que examinar cuáles otras funciones le ha atribuido la ley de creación del Ministerio o el decreto de estructura y funciones del mismo.

Por lo tanto, la Sala en el presente concepto se refiere solamente a las funciones generales de los viceministros, establecidas en el art. 62 de la Ley 489 de 1998, no sobre las demás funciones que puedan tener asignadas en virtud de normas especiales, las cuales habría que analizar en cada caso concreto.

En el sentido de la interpretación expuesta, se ha pronunciado la Sección Quinta del Consejo de Estado en varias sentencias. Así por ejemplo, en una de 2013 expresó lo siguiente:

## "Elemento objetivo o de autoridad

Pues bien, si la norma hace referencia al ejercicio y no a la titularidad del cargo según acabamos de ver, para finalizar el estudio de los requisitos establecidos por la ley como configurativos de la causal de inhabilidad atribuida, resulta imprescindible revisar la interpretación que tradicionalmente esta Sección ha otorgado a la expresión "haya ejercido".

Recordemos que la norma en su literalidad se refiere a quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección <u>hayan ejercido</u> autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

*(...)* 

Tradicionalmente, el elemento de autoridad ha sido interpretado por esta Corporación, de manera que pudiera catalogarse como objetiva. Veamos:

"(...) si bien el criterio orgánico no permite configurar la causal de inhabilidad en estudio cuando se ha anulado el acto de designación o de elección del pariente o allegado del demandado, porque se ha borrado del mundo jurídico ese referente por virtud de la nulidad declarada, por parte del criterio funcional sí es posible hacerlo, ya que la causal de inhabilidad se basa en el ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, lo que bien puede darse por establecido con la mera titularidad de las funciones inherentes al cargo respectivo, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, no es menester demostrar el ejercicio de tales competencias, sino que la persona las tuvo. En efecto, se ha dicho:

"El apelante adujo como motivo de inconformidad con el fallo, que no se había probado el ejercicio de la autoridad administrativa en el desempeño del cargo analizado, y
que por el contrario la certificación expedida por el responsable de la liquidación del
Incora indicaba que el demandado no había ejecutado recursos de inversión de esa
entidad en el municipio de Viterbo, ni celebró contrato alguno con el mismo. Este argumento plantea la disyuntiva de si la inhabilidad examinada se configura cuando
material y efectivamente el empleado público ha ejercido las funciones que denotan autoridad administrativa o si basta con que el empleo desempeñado las tenga
asignadas.

Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada tanto por la finalidad que persigue como por su coherencia con el resto del ordenamiento, sobre todo en el nivel constitucional. En efecto, su "telos" es garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes, así como los derechos políticos a elegir y ser elegidos sin interferencias no autorizadas por el ordenamiento, derechos todos de carácter fundamental. Tal garantía se consagra, en el caso que nos ocupa, frente a la posibilidad de que alguno de los candidatos, dentro de un periodo anterior a la elección, haya podido

influir sobre los electores a través del desempeño de un empleo al que se haya asignado jurisdicción o determinadas formas de autoridad, lo que le otorgaría una ventaja frente a los demás.

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; V.gr., un funcionario con competencias disciplinarias o con facultades de libre nombramiento y remoción, puede influir sobre sus subalternos y los allegados de éstos sin hacer nombramientos o declarar insubsistencias, es decir, sin hacer uso de esas facultades, pues la estabilidad de los empleados depende precisamente de que no las use. De igual modo, quien tiene la posibilidad de revocar un acto o de variar una decisión o una política influye sobre aquellos interesados en sostenerlas, precisamente mediante una abstención. A lo anterior se suma que quien tiene autoridad legal para tomar determinadas decisiones, puede generar expectativas e incluso promesas que tienen la virtualidad de mover la voluntad de los interesados que conocen de su poder para 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 la más eficaz.

La tesis anterior está implícita en muchas decisiones de ésta Sección en casos como el presente, al declarar la nulidad de actos de declaración de elecciones a partir de la ubicación jerárquica del cargo, el tipo de las funciones del mismo y el grado de autonomía funcional del empleado, deducidos del análisis de las normas que las regulan y no de las pruebas sobre el ejercicio material de tales funciones en el respectivo municipio<sup>363</sup>.

Evidentemente si solo se configura la inhabilidad con la prueba del ejercicio real de tales funciones resulta contrario a la garantía constitucional de la igualdad de trato que la ley debe a los ciudadanos que ejercen su derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues permitiría que algunas personas hagan uso de su autoridad a través de la abstención en el ejercicio de sus competencias, del otorgamiento de promesas, o la generación de expectativas, induciendo o imponiendo determinados comportamientos a los electores, influencia que los demás candidatos no tienen 1964.365. (Negrillas propias del texto original).

*(…)* 

Las anteriores citas nos obligan a concluir que la interpretación de la expresión "hayan ejercido" a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio, no implica ni conlleva la realización de actuaciones específicas y concretas que evidencien, por parte del funcionario pariente, el ejercicio material de las funciones a él atribuidas.

<sup>363</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

<sup>364</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de Julio 14 de 2005. Expediente: 170012331000200301538-01 (3681). Actor: Procurador Regional de Caldas. Demandado: Alcalde de Viterbo.

<sup>365</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 11 de junio de 2009, número de radicación 68001-23-15-000-2007-00677-02.

En suma, para la Sala Electoral, la autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla "366".

En síntesis, independientemente de que el Viceministro haya ejercido realmente las mencionadas funciones, está en capacidad de ejercerlas y por tanto tiene el carácter de autoridad civil.

### 4. Conclusiones

De lo anteriormente analizado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1ª) Un pariente de un Viceministro puede aspirar a una curul en la Cámara de Representantes, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5 y el último inciso del artículo 179 de la Constitución Política, salvo que se trate de una curul de la circunscripción nacional especial para grupos étnicos y los colombianos residentes en el exterior, evento en el cual se presentaría la inhabilidad prevista en dicho numeral. En este evento para que no se presente la inhabilidad, el Viceministro tendría que retirarse del cargo antes de la inscripción oficial del candidato.
- 2ª) El cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política aunque no haya ejercido realmente todas o alguna de las funciones establecidas en los literales a, d, e, h, i y j del artículo 62 de la Ley 489 de 1998, pues se encuentra en capacidad de ejercerlas en cualquier momento.

Con base en las consideraciones expuestas,

# III. La Sala responde

¿Cómo debe interpretarse la inhabilidad para ser congresista prevista en el artículo 179 numeral 5º de la Constitución Política si el pariente del candidato ejerce un cargo del orden nacional? Concretamente, ¿puede el pariente de un Viceministro aspirar a una curul en la Cámara de Representantes?

Sí. Un pariente de un Viceministro puede aspirar a una curul en la Cámara de Representantes a la luz del numeral 5 y el último inciso del artículo 179 de la Constitución Política, pues en esta hipótesis no se configura el factor territorial que se requiere para que el pariente de un funcionario público incurra en esta inhabilidad, salvo que la curul fuera alguna de las existentes por circunscripción nacional especial para la Cámara de Representantes, para grupos étnicos o para los colombianos residentes en el exterior, evento en el cual se presentaría la inhabilidad.

<sup>366</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 6 de mayo de 2013. Radicación No. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulado). Radicado interno No. 2011-0637 (Acumulado). M. P. Alberto Yepes Barreiro.

¿El cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política?

De acuerdo con las funciones señaladas en los literales a, d, e, h, i y j del artículo 62 de la Ley 489 de 1998, el cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política, así no haya ejercido realmente todas o alguna de esas funciones, pues el funcionario está potencialmente en capacidad de ejercerlas, conforme a lo explicado en el concepto.

En caso se (sic) que se considerase que el señor Viceministro ejerce autoridad civil o política, ¿qué posibilidades administrativas tendría?

Dado que de manera general no se presenta la inhabilidad por el factor territorial conforme a la primera respuesta, la Sala se abstiene de responder este interrogante por sustracción de materia.

Sin embargo, en el evento excepcional de que el pariente aspire a una curul por la circunscripción nacional especial, para grupos étnicos o para los colombianos residentes en el exterior, en la Cámara de Representantes, el Viceministro tendría que retirarse de su cargo antes de la inscripción oficial del candidato, para que no se le presente a este la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución.

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

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

## 2. Ley de Garantías Electorales. Modificación de la nómina.

#### Radicado 2366

Fecha: 20/02/2018

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Levantamiento de la reserva mediante oficio 10769 del 27 de marzo de 2018

El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca del contenido y alcance de las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, particularmente, con respecto a la modificación de la nómina de las entidades.

## I. ANTECEDENTES

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

1. El Procurador General de la Nación llamó la atención al Ministerio del Interior respecto de la situación particular que enfrenta el recién elegido alcalde de la ciudad de Yopal, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Electorales desde el pasado 11 de noviembre, lo cual en principio le impediría adoptar decisiones claves en la inmediata conformación de su más cercano equipo de trabajo para enfrentar los retos de la administración local.

De esta suerte, teniendo en cuenta que el calendario de las elecciones de alcalde fue atípico y la llegada del nuevo mandatario concuerda con la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, es necesario buscar alternativas que le permitan a la nueva administración ejecutar de manera óptima el mandato ciudadano, el cual se vería afectado por una interpretación estricta de la norma.

- 2. En consecuencia, el Procurador solicitó al Ministerio del Interior que elevara consulta ante el Consejo de Estado, con el propósito de que este se pronuncie acerca de la pertinencia de una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo referente a la prohibición de modificar la nómina del ente territorial dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.
- 3. En razón del artículo 9º del Acto Legislativo 02 de 2015, el cual ya no permite que haya un Presidente-candidato, existe un cambio de contexto normativo que debe tenerse en cuenta para el análisis de las normas de la Ley de Garantías Electorales.
- 4. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la aplicación estricta de la Ley Estatutaria 996 de 2005 debe realizarse sin perjuicio de que en casos excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad.
- 5. De otra parte, recientemente fue expedido el Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017, "por medio del cual se reglamentan los Espacios Territoriales de Capacita-

- ción y Reincorporación (ETCR), creados mediante el Decreto 1274 de 2017 y se dictan otras disposiciones", en el marco de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.
- 6. El inciso 2º del artículo 4º del Decreto dispuso que se promoverá la creación de una Inspección de Policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, los cuales estarán ubicados en las antiguas Zonas Veredales Transitorias de Normalización y Puntos Transitorios de Normalización.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula las siguientes **PRE-GUNTAS**:

- ¿Es pertinente una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?
- 2. ¿Puede hacerse una eventual provisión de los cargos de inspector de Policía en el marco de lo previsto en la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y el inciso 2º del artículo 4 del Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017 sin desconocer las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005?

#### II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse en primera instancia a La Ley 996 de 2005.

## a. La Ley 996 de 2005

La Ley de Garantías Electorales, la cual circunscribe sus prohibiciones a las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular, se plantea como objetivos: a) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular<sup>367</sup>, b) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, c) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas<sup>368</sup>, d) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, e) proteger al empleado que tiene una inclinación política

<sup>&</sup>quot;Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y también se ocupa de la "participación en política de los servidores públicos". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A.

<sup>&</sup>quot;Por consiguiente, la función otorgada en el artículo 11 del decreto reglamentario 1876 de 1994, que establece que las juntas directivas de las empresas sociales del Estado creadas por Ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo, pueden aprobar las modificaciones a la planta de personal, para su posterior adopción por la autoridad competente, no se puede ejercer durante el período preelectoral de cuatro meses anteriores a las elecciones territoriales. Cabe mencionar en este punto, que el legislador a través de la ley estatutaria de garantías electorales busca que la voluntad de los electores esté desprovista de cualquier influencia que provenga de la acción u omisión de servidores públicos, así como, garantizar la objetividad y transparencia de las decisiones administrativas". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00061-00(1839).

distinta al nominador<sup>369</sup>, y f) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales<sup>370</sup>. Así, la Corte Constitucional ha señalado:

"Una ley de garantías electorales es, en síntesis, una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a (sic) los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan. En suma, una ley de garantías debe hacer que quienes se presenten a las elecciones en calidad de candidatos, así como quienes acudan a ellas en calidad de electores, aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado para la realización de la democracia, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de autoridad que se disputa"<sup>371</sup>.

Para alcanzar los objetivos propuestos, la Ley 996 de 2005 establece una serie de prohibiciones para los servidores públicos durante el tiempo que transcurran las elecciones a cargos de elección popular. Así por ejemplo, durante la época de elección presidencial, el artículo 32 señala respecto a la nómina estatal:

"Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siquiente.

Parágrafo. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos".

Por su parte, en materia contractual el artículo 33 dispone:

<sup>&</sup>quot;Por tanto, si bien la expresión "no se podrá modificar la nómina" comprende, como ya lo había advertido la Sala, tanto la prohibición de hacer nuevas vinculaciones (se evita que el empleo público sea utilizado para buscar el voto del servidor beneficiado y sus allegados) como la de desvincular servidores (se protege al empleado perteneciente a una inclinación política distinta a la del nominador), lo cierto es que tal restricción no se aplica en el contexto de los procesos de liquidación forzosa administrativa, los cuales, como se ha expuesto, son expresión de las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia de las actividades y servicios de interés general". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00136-00(2265).

<sup>370 &</sup>quot;De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos: 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

<sup>371</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05.

"Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

En el mismo sentido de las normas anteriores, el parágrafo del artículo 38 consagra:

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

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

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

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

Respecto a estas disposiciones, es posible señalar las siguientes características:

- i) Las normas establecen restricciones aplicables durante las elecciones presidenciales y demás cargos de elección popular.
- ii) Mientras el artículo 32 aplica a los servidores de la Rama Ejecutiva, los artículos 33 y 38 cubren a todos los servidores públicos:

"A manera de colofón, debe precisar esta agencia judicial, que la limitación contenido (sic) en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, debe interpretarse en su sentido restrictivo -tal como lo realizó la H. Corte Constitucional—, es decir, que los destinatarios de la misma solo resultan ser los servidores de la rama ejecutiva del poder público, quienes tiene (sic) un mayor poder de nominación y un alto componente político, todo ello en aras de salvaguardar los principios de la función administrativa contenido el artículo 209 de la Carta Superior. A contrario sensu, el contenido prohibitivo prescrito en el artículo 33 y 38 de la prenombrada ley 996 de 2005, resulta aplicable a todos los servidores públicos, incluidos por supuesto, los órganos que inicialmente habían sido exceptuado por la misma normativa, valga decir, los órganos del poder judicial, de control, electorales y de seguridad, ello debido a los efectos de la sentencia C-1153 de 2005, pero en lo atinente a la prohibición de retiro del servicio, solo deviene aplicable a funcionarios de carrera administrativa" 372.

- iii) La prohibición de afectar o modificar la nómina contenida en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005 comporta en principio la suspensión temporal de la facultad que tiene la autoridad pública nominadora para realizar nuevas vinculaciones o desvincular a los actuales servidores. Asimismo, implica que no se pueden crear nuevos cargos<sup>373</sup>.
- iv) Las prohibiciones no son absolutas, pues la ley establece una serie de excepciones, las cuales tienen como propósito mantener el equilibrio entre los principios de moralidad administrativa y eficacia<sup>374</sup>. Asimismo, buscan proteger los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado<sup>375</sup>. En esta dirección se ha afirmado:

"Las excepciones a la limitación, consagradas en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, protegen diversos tipos de urgencias que tienden a no restringir desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines que podrían llevarlo a insalvables encrucijadas por su inactividad ante situaciones urgentes"<sup>376</sup>.

<sup>272</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00572-01 (1548-14). "En ese sentido, considera la Sala que la restricción o limitación establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del Estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal- extender la prohibición a los demás entes estatales-, el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equivoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado. O en su defecto, el órgano rector y guardián de la constitución al momento de pronunciarse sobre el estudio o control de constitucionalidad de la misma lo habría dejado por sentado, tal como ocurrió con los apartes declarados inexequibles del artículo 38 de la pluricitada ley". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de agosto de 2015. Radicación número: 50001-23-31-000-2010-00236-01(3504-14). "El artículo 32 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que se trata de aquellos sujetos que integran o pertenecen a "la Rama Ejecutiva del poder Público". Esta expresión envuelve a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

<sup>373 &</sup>quot;Estableció una connotación especial a la expresión "afecte" la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

<sup>&</sup>quot;Consideró que las salvaguardas de la restricción, esto es, la posibilidad de proveer los cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y las vinculaciones que se presenten en aplicación de las normas de carrera administrativa, guardan el equilibrio entre la moralidad administrativa y la eficacia de la administración." Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

<sup>375 &</sup>quot;Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado". Ibídem.

<sup>376</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

En el caso del artículo 32 son consideradas como excepciones las situaciones enlistadas en el inciso segundo del artículo 33, norma que establece:

"Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

En lo que respecta al artículo 38 el legislador autorizó la provisión de cargos ante la ocurrencia de faltas definitivas producidas por muerte o renuncia, o cuando resulte necesaria la aplicación de las normas de carrera administrativa.

Ahora bien, la Corte Constitucional y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al interpretar la norma, han concluido que dichas faltas definitivas no son las únicas que pueden presentarse. Lo anterior, teniendo en cuenta que la igualdad que se persigue a través de la Ley de Garantías Electorales no puede menoscabar los intereses públicos.

Así, la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, indicó:

"Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, <u>también es necesario que tal limitación</u> que pretende la igualdad <u>no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo</u>, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

*(...)* 

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, <u>salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública".</u> (Subrayas fuera del texto).

En lo que respecta a la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta indicó en el año 2013:

"...el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada". La expresión "por faltas definitivas" que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo", caso

en el cual "la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña".

En el caso concreto, las palabras "falta definitiva" no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la "falta definitiva" es sinónimo de vacancia del cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011"<sup>377</sup>. (Subrayas fuera del texto).

Posteriormente, en el año 2014 la Sala consideró lo siguiente:

"De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos:

- 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales.
- 2) Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.
- 3) Estableció una connotación especial a la expresión "afecte" la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos.
- 4) Salvaguardó de la restricción las situaciones tales como la renuncia, licencia o muerte y ligó la provisión de los cargos en estas circunstancias a la condición de ser indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

(...)

Los artículos 32 y el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

<sup>377</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00514-00. Radicación interna: 2182.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer"378. (Subrayas fuera del texto).

Como puede observarse de la ley y de la jurisprudencia, la provisión de cargos vacantes después de la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 puede llevarse a cabo en ciertos casos para solventar situaciones derivadas por muerte, renuncia o por cualquier otra causa legal que produzca la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulten indispensables para el buen funcionamiento de la administración pública.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición sine qua non satisfacer los requisitos señalados en el concepto 2207 del 1º de abril de 2014. Así, la Sala indicó:

"El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) "cabal funcionamiento de la administración pública".

*(…)* 

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

Enconsecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa,

<sup>378</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

*(…)* 

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad "379". (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público.

De otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha afirmado también que en casos absolutamente excepcionales es posible, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, desvincular a un funcionario durante el periodo en el que están en vigencia las restricciones de la Ley 996 de 2005. Así, señaló:

"En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que <u>la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría será (sic) burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción</u>, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se con-

sidera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

*(…)* 

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar"380. (Subrayas fuera del texto).

Como puede advertirse, la Sección Segunda también ha aceptado que en casos excepcionales se pueda afectar la nómina con miras a proteger el bien jurídicamente tutelado por la Ley de Garantías Electorales.

# b. El principio democrático y el voto programático en el nivel municipal

El artículo 259 de la Constitución Política consagra la figura del voto programático en los siguientes términos:

"Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático".

Esta disposición fue desarrollada legalmente por la Ley 131 de 1994<sup>381</sup>, cuyo artículo 1º define el voto programático como:

"[E]l mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura".

El voto programático constituye un mecanismo de participación ciudadana, una forma de control sobre los mandatarios y una manifestación de la soberanía popular y la

<sup>380</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10). Igualmente, en otra oportunidad la Sección Segunda indicó: "Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. (...) Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedia modificar la nómina de la entidad, al tenor del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria. Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09).

<sup>381 &</sup>quot;Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones".

democracia participativa<sup>382</sup>. Asimismo, es un instrumento para promover la claridad, la transparencia y la responsabilidad de los candidatos, partidos y movimientos políticos.

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado el voto programático:

"[I]mplica mayor claridad, transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la actividad política de los partidos y movimientos políticos y por supuesto de los candidatos. Ya no son solamente las promesas que durante las campañas se lanzan, sino que ahora es preciso plasmarlas y sistematizarlas en un escrito denominado programa de gobierno, que es ciertamente la hoja de ruta que los gobernantes seguirán durante su administración, y que desde luego deben ser el resultado serio y razonado de una planificación.

La divulgación del programa de gobierno desde la inscripción de las candidaturas permite que por la incorporación de ese documento al protocolo oficial de la entidad respectiva, el documento quede a disposición de todos los que se interesen por conocer las propuestas de los candidatos. Ello hace más transparente el ejercicio de la actividad política, dado que la ciudadanía podrá conocer lo allí propuesto y en consecuencia ejercer su derecho al sufragio guiado por sus convicciones ideológicas y por qué no, por la mejor propuesta para su comunidad "383".

Como puede observarse, el voto programático impone una responsabilidad a los alcaldes y gobernadores. De allí que, en primer lugar, deban presentar a las asambleas y concejos las modificaciones, adiciones y supresiones al plan de desarrollo en curso o al proyecto de plan, con el fin de que se incorporen los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito durante la campaña electoral<sup>384</sup>. Y en segundo lugar, la obligación de cumplir con el programa.

<sup>&</sup>quot;Al examinar la constitucionalidad de las disposiciones estatuarias que acaban de mencionarse, la Corte puso en evidencia el nexo inescindible que existía entre las nociones de soberanía popular, mandato imperativo, voto programático y revocatoria del mandato. Esta relación fue explicada de la siguiente manera: "El voto programático es una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991..."De la concordancia de los artículos 259 y 103 de la Constitución, precitados, se desprende que en el marco de la democracia participativa, que hunde sus raíces en los campos de la soberanía popular, el voto programático garantiza la posibilidad de la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores en particular si éstos incumplen con su programa. "Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En otras palabras, en el nuevo esquema filosófico de la Carta el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante y luego desaparece durante todo el período que media entre dos elecciones - como en la democracia representativa -, sino que durante todo el tiempo el ciudadano conserva sus derechos políticos para controlar al elegido - propio de la democracia participativa -. El ciudadano no se desentiende de su elección". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de septiembre de 2012. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00053-00.

<sup>&</sup>quot;Usa alcaldes elegidos popularmente propondrán ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión, las modificaciones, adiciones o supresiones al plan económico y social que se encuentre vigente en esa fecha, a fin de actualizarlo e incorporarle los lineamentos generales del programa político de gobierno inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan alguno, procederán a su presentación dentro del mismo término, de conformidad con el programa inscrito, sin perjuicio de lo consagrado en el inciso 3o del artículo 1o. de la Ley 02 de 1991. Podrá el alcalde proponer las modificaciones al plan de inversiones del municipio, ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión. Una vez aprobadas las modificaciones por el concejo municipal, se notificará de las mismas para su respectivo control al organismo departamental de planeación correspondiente, en un plazo no mayor a los diez (10) días siguientes a la respectiva aprobación". Ley 131 de 1994, artículo 5º. "Los gobernadores elegidos popularmente convocarán a las asambleas, si se encuentran en receso, y presentarán dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión, las modificaciones, supresiones o adiciones a los planes departamentales de desarrollo, a fin de actualizarlos e incorporarles los lineamientos generales del programa inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan de desarrollo alguno, procederán a su presentación ante la asamblea departamental, dentro de los mismos términos y condiciones, de conformidad con el programa inscrito". Ley 131 de 1994, artículo 6º. "Los artículos 5º y 6º de la citada ley 131, establecen la obligación a los alcaldes y gobernadores de presentar a las asambleas y a los concejos las modificaciones al plan de desarrollo en curso o el proyecto de plan, que incorporen "los lineamientos generales del programa inscrito en su calidad de candidatos..".". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

## En efecto, ha dicho esta Sala que:

"La manifestación de la voluntad popular mediante la elección, ata al alcalde al programa de gobierno en virtud de los alcances del voto programático (art. 259 de la C. P.) y, por lo tanto, le es exigible una responsabilidad política; pero además la fuerza obligatoria del programa de gobierno vincula directamente a los alcaldes designados o encargados, quienes deben cumplirlo por mandato legal - art. 106 de la ley 136 de 1994 - (...). Conforme a estas disposiciones el alcalde elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores por el incumplimiento del programa de gobierno"<sup>385</sup>.

Existe por tanto una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa de gobierno<sup>386</sup>. De tal suerte que la no satisfacción de este da lugar a la revocatoria del mandato por parte de los ciudadanos<sup>387</sup>:

"De acuerdo con los artículos 1° y 2° de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato"<sup>388</sup>.

Es entendible, entonces, que un alcalde al iniciar su mandato, como máxima autoridad política y administrativa del municipio, cuente con colaboradores de su entera confianza para desarrollar el programa de gobierno que presentó a la comunidad y por el que lo escogieron sus electores. De allí que dentro de su nómina existan cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales la Corte Constitucional ha señalado:

"...siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien

<sup>385</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de octubre de 1999. Radicación número. 1219.

<sup>&</sup>quot;La Corte ha tenido oportunidad de explicar el fundamento de la revocatoria señalando que "la estrategia constitucional determina tanto para los gobernantes como para los gobernados, una relación reciproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa electoral". Como consecuencia de ello "las promesas electorales bajo el nuevo esquema constitucional deben cumplirse, lo cual explica que los electores puedan adelantar la revocatoria del mandato". Corte Constitucional. Sentencia del 8 de abril de 2015, C-150/15.

<sup>&</sup>quot;En desarrollo de los artículos 40 y 103 de la Constitución Política, la revocatoria del mandato por el incumplimiento del programa de gobierno, es un mecanismo de participación popular, en los términos de esta Ley". Ley 131 de 1994, artículo 2º. "De acuerdo con los artículos 1º y 2º de la ley 131 de 1994, el voto programático es un mecanismo de participación por el cual los ciudadanos imponen a los gobernadores y alcaldes, como mandato, el cumplimiento del programa de gobierno presentado para inscribir su candidatura; y su incumplimiento es causal de revocatoria de dicho mandato". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00091-00(2127).

<sup>388</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00091-00(2127).

tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata "389". (Subrayas fuera del texto).

Estos nombramientos permiten conformar la autoridad política del municipio, pues con ella se van a regir los destinos de la entidad territorial. De allí que el artículo 189 de la Ley 136 de 1994<sup>390</sup> haya consagrado quiénes son las autoridades encargadas de ejercer en el municipio la autoridad política:

"AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política"<sup>391</sup>.

Ciertamente los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, responsables políticamente y sujetos a la moción de censura, actúan mancomunadamente y en concordancia con el alcalde, para de esta forma lograr la unidad y el adecuado desarrollo de la autoridad política. Por lo tanto, es razonable que el nuevo mandatario pueda conformar su grupo de trabajo con las personas que van a liderar el programa de gobierno.

# c. Necesidad de interpretar las normas legales en forma armónica y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico de cualquier Estado es un sistema de principios y reglas de derecho de distintas clases, jerarquías, temáticas y formas de operación, que emanan de las diferentes autoridades a quienes la Carta Política ha dotado de competencia normativa, empezando por el mismo pueblo soberano. Como sistema que es, dicho ordenamiento se encuentra estructurado lógica y racionalmente, a partir de las normas fundamentales y

<sup>389</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero 2003, C-161/03. "Ahora bien, como se dijo en precedencia, el artículo 125 de la Carta dispone que los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de la regla general consistente en que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa. Incluso, dichos cargos se caracterizan esencialmente por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al servidor de la administración. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte ha advertido que la excepción en comento guarda una relación especial con la naturaleza de las funciones que debe asumir el funcionario, habida cuenta que los cargos de libre nombramiento y remoción son por regla general empleos de dirección y confianza". Corte Constitucional. Sentencia del 12 de julio de 2012, SU-539/12. "Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política. Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10).

<sup>390 &</sup>quot;Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

<sup>&</sup>quot;Conforme a las disposiciones transcritas, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, y aquellos directivos como Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos que integran su gabinete y la autoridad civil es el ejercicio de poder o mando, dirección e imposición sobre las personas". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 15 de diciembre de 2014. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00047-00.

más generales contenidas en la Constitución, sobre las que está construida toda la organización política y jurídica del Estado, para la realización de los fines y valores consagrados en la Constitución Política.

Lo anterior implica, entre otras consecuencias, que ninguna norma positiva, independientemente de su naturaleza o nivel, debe ser interpretada y aplicada en forma independiente y aislada del resto del ordenamiento, como si fuese un mandato absoluto y autosuficiente y tuviese, dentro de sí mismo, la totalidad de los principios en los cuales se basa y de los fines que persigue.

Esta es la razón por la cual las disposiciones normativas deben ser interpretadas sistemáticamente, es decir, teniendo en cuenta los demás preceptos del ordenamiento jurídico al que pertenecen, empezando por aquellos contenidos en la Constitución Política, junto con los principios y valores que encierran, y siguiendo con las demás normas legales y de otro tipo. Esta forma de interpretación de las reglas de derecho no busca solamente establecer su sentido más adecuado, lógico y cercano a la realidad, sino también lograr la armonía con las demás normas, la aplicación y vigencia efectiva de todas ellas y la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Por esta razón, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha manifestado en reiteradas ocasiones que una norma legal o de otra clase puede tener varias interpretaciones, las cuales pueden ser, al mismo tiempo, válidas o, al menos, admisibles, según lo que resulte de la aplicación de los diferentes sistemas, métodos y reglas de interpretación de la ley; pero que debe preferirse, en todo caso, aquel entendimiento que más se adecúe materialmente a la Carta Política, no solo por su coincidencia literal o gramatical con el texto constitucional, sino, sobre todo, por armonizar, con mayor claridad y fidelidad, con los mandatos, principios y valores fundamentales.

En esa medida, la Corte ha advertido que deben descartarse las <u>interpretaciones</u> de las normas que resulten inconstitucionales, aunque la disposición respectiva no pueda ser considerada, en sí misma, opuesta a la Constitución y deba, en consecuencia, excluirse del ordenamiento (inexequibilidad). Es por esto que en dichos casos, la Corte Constitucional ha optado por proferir *fallos modulados*, en los que la norma acusada o revisada es declarada exequible *condicionalmente*, bajo la interpretación de la misma que resulte, a juicio de esa Corporación, ajustada o más ajustada a la Carta Política.

Pero los preceptos legales no deben estar en armonía solamente con la Constitución Política, incluyendo los principios y tratados internacionales que conforman el denominado "bloque de constitucionalidad" (artículos 53, 93 y 94 ibídem), sino también con el resto de normas del mismo nivel (legales o con fuerza de ley) y, en lo posible, con aquellas de inferior jerarquía que las reglamenten y desarrollen.

Por este motivo, los artículos 30 y 32 del Código Civil establecen:

"Artículo 30. <u>El contexto de la ley</u> servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, <u>de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.</u>

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser <u>ilustrados por medio de otras leyes</u>, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

*(…)* 

Artículo 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios <u>del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural</u>". (Se resalta).

Como puede verse, la interpretación sistemática de las normas legales no exige solo armonizarlas con las otras disposiciones y el contexto general de la ley <u>de la cual formen parte</u>, sino que también implica el deber de concordarlas <u>con otros cuerpos normativos</u> (leyes, decretos leyes etc.) que regulen total o parcialmente los mismos temas, o asuntos complementarios, conexos o relacionados.

## d. El caso concreto

Las preguntas elevadas en la consulta están dirigidas a determinar si bajo la vigencia de las prohibiciones establecidas por la Ley de Garantías Electorales es posible: i) modificar la nómina de la Alcaldía de Yopal y ii) provisionar los cargos de inspector de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, establecidos en el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 2026 de 2017.

A continuación se pasa a responder estos interrogantes.

# 1. La interpretación constitucional del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

En el caso objeto de estudio, debe la Sala destacar que el nuevo Alcalde de Yopal fue elegido en elecciones atípicas celebradas durante la vigencia de las restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales<sup>392</sup>, periodo durante el cual también tuvo lugar su posesión.

Esta circunstancia excepcional da lugar a una tensión entre varias normas. En efecto, mediante la Ley de 996 de 2005 y la prohibición de modificar la nómina impuesta por el parágrafo del artículo 38, se busca proteger la democracia participativa (artículo 1º de la C.P), la igualdad entre los candidatos a cargos de elección popular (artículo 13 de la C.P.) y la transparencia y moralidad administrativa (artículo 209 de la C.P.).

<sup>&</sup>quot;Por lo tanto, esta Dirección Jurídica se permite concluir, que respecto a las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, en cuanto a la vinculación y modificación de la nómina de las entidades estatales de la Rama Ejecutiva, con ocasión del próximo calendario electoral, previsto para el 11 de marzo de 2018 las elecciones de Congreso de la República y, las de Presidente y Vicepresidente para el 27 de mayo de 2018, estas comenzarán en las siguientes fechas: - Para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Territorial comenzará cuatro (4) meses antes de las elecciones para Congreso, esto es, once (11) de noviembre de 2017, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta. (Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005) - Para las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional comenzará cuatro (4) meses antes de las elecciones para Presidente y Vicepresidente, esto es, veintisiete (27) de enero de 2018, hasta finalizar la elección presidencial, primera o segunda vuelta. (Artículo 32 de la Ley 996 de 2005)". Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto No. 20176000256901 del 23 de octubre de 2017.

Sin embargo, la aplicación de dicha restricción en un caso como el que se analiza, es decir, de un alcalde elegido y posesionado durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, no solo limita las atribuciones legales que tiene el mandatario recién electo sino también dificulta el emprendimiento de las acciones y gestiones tendientes al cumplimiento de los deberes y obligaciones que le resultan imperativas para el cabal y oportuno desarrollo del programa de gobierno al que se comprometió en las urnas con la ciudadanía, de manera que tiene incidencia al momento de aplicar las normas que permiten desarrollar el mandato representativo y, por ende, puede terminar por afectar la democracia local. Entre otras normas que se ven comprometidas, pueden señalarse las siguientes: i) el artículo 40 de la Carta Política, que otorga a las personas el derecho a elegir y ser elegido, y a ejercer el poder político derivado de la elección, ii) el artículo 259 sobre voto programático, iii) el artículo 311, que define al municipio como la "entidad fundamental" de la organización político administrativa del Estado y le asigna competencias y funciones que impactan de manera directa la vida de sus habitantes, y iv) el artículo 315, que reconoce el derecho a los alcaldes para nombrar y remover a sus funcionarios.

Dentro de este marco, una interpretación literal de la Ley 996 de 2005 que no tome en consideración las particularidades del caso objeto de estudio, puede perjudicar otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política y la ley. Ante esta situación, es necesario realizar una interpretación ponderada, conforme con la Carta Política<sup>393</sup>, que promueva la unidad y consistencia del sistema jurídico<sup>394</sup> y que maximice la tutela de los intereses y bienes jurídicos protegidos en juego.

Así, se observa que el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 exceptúa, de la prohibición de modificar la nómina estatal, impuesta a los servidores públicos durante los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, aquellos casos en que deban proveerse cargos "por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa" (se resalta).

Esta disposición, aplicada a la situación de hecho concreta planteada en la consulta, podría tener, entre otras, dos interpretaciones, en principio aceptables:

(i) Que al ser dicha norma de carácter exceptivo, es también de interpretación restrictiva y, por lo tanto, los casos allí enunciados son taxativos. Así, al no estar prevista la situación del nuevo Alcalde de Yopal, en relación con la conformación de su equipo de trabajo más cercano (secretarios de despacho y directores de departamento administrativo), pues los funcionarios nombrados por el alcalde anterior

<sup>&</sup>quot;Pero pese a la validez prima facie de las normas legales sobre la interpretación legal y constitucional, lo cierto es que en la medida en que la Constitución posee una serie de principios, valores y derechos fundamentales que irradian todo el ordenamiento jurídico, las leyes no se pueden aplicar en su sentido natural y obvio, si el contenido de dichas leyes desconoce el núcleo esencial de esos principios, valores y derechos constitucionales. Esto es lo que se denomina como interpretación conforme, principio que se apoya en la llamada constitucionalización del derecho". Javier Tamayo Jaramillo. La decisión judicial. Biblioteca Jurídica Diké. 2011, p. 665.

<sup>&</sup>quot;Dado que la consistencia es un importante principio regulativo del sistema jurídico que debe asegurarse, de ser posible, el mayor número de contradicciones deben ser evitadas mediante la interpretación. Así, si de una norma es posible interpretar diversos significados, deben rechazarse aquellos que sean contrarios a las normas superiores y sobre todo a la Constitución, y optar por los que sean conformes a ella. El objetivo es producir coherencia entre las normas de un sistema jurídico; el referente principal tiene que ser la norma fundamental, pues ella establece los procesos de creación de las demás normas del sistema. La interpretación sistemática se funda en la unidad del sistema jurídico, la idea conductora es el todo, la preservación de sus fines y objetivos aun en detrimento de normas específicas". Carla Huerta Ochoa. Conflictos Normativos. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003, pp. 77-78.

continúan todavía en sus cargos, no puede aplicarse la salvedad mencionada, ergo el mandatario local no puede remover a dichos servidores ni designar sus reemplazos durante el período de aplicación de la "Ley de Garantías Electorales"; o

(ii) Que la disposición señalada no es taxativa en cuanto a <u>las causales de falta o vacancia definitiva</u> que menciona, tal como lo ha considerado previamente la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual la respectiva excepción puede aplicarse a otros casos similares, como el retiro de un servidor público por vencimiento de su período, por destitución (como sanción disciplinaria) o por remoción, debidamente justificada, entre otras circunstancias, tal como lo dijo, para este último caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias antes referidas. A este último caso correspondería la situación del nuevo Alcalde de Yopal, ya que las normas constitucionales y legales que se han citado en este concepto le permitirían válidamente conformar inmediatamente su equipo de gobierno, con personas cercanas y afines a su ideología y a sus propuestas, para cumplir eficazmente con su programa de gobierno, dentro del período para el cual fue elegido.

De estas dos interpretaciones de la norma citada (parágrafo del artículo 38 de la Ley 996), la primera resultaría inconstitucional y contradictoria con otras disposiciones del mismo nivel jerárquico, pues llevaría a concluir que un alcalde elegido y posesionado durante el período de veda impuesto por la Ley de Garantías Electorales no podría, durante ese mismo lapso, conformar su equipo de gobierno, integrado por sus más cercanos colaboradores, con el fin de empezar a ejecutar inmediatamente su programa de gobierno, al cual se comprometió públicamente frente a sus votantes, sino que debe conformarse con esperar a que pasen las elecciones (hasta la segunda vuelta presidencial, si la hubiere), para iniciar el cumplimiento de dicho programa, o bien gobernar con los funcionarios designados por el mandatario anterior, y tratar de que estos ejecuten sus políticas, programas y proyectos, aunque no sean personas de su confianza, o no compartan su visión e ideología política, o programa de gobierno.

En esa medida, dicha hermenéutica no resultaría plausible, pues se opondría, no solo a otras disposiciones del mismo nivel, es decir, legales, como aquellas que regulan la facultad de los alcaldes elegidos popularmente para conformar su equipo de gobierno con personas de su confianza y de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los artículos 84, 91 y 92 de la Ley 136 de 1994<sup>395</sup>, modificada por la Ley 617 de 2000<sup>396</sup>, entre otras), así como las que desarrollan la figura del voto programático (Ley 131 de 1994), sino también a cánones superiores, de orden constitucional, como los artículos 259 (voto programático) y 315, numeral 30<sup>397</sup> (funciones de los alcaldes). Adicionalmente, dicha interpretación, que sin lugar a dudas busca proteger algunos principios y valores constitucionales, como

<sup>395 &</sup>quot;Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

<sup>396 &</sup>quot;Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

<sup>397 &</sup>quot;Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

<sup>(...)</sup> 

<sup>3.</sup> Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes. (...)" (Se resalta).

la pureza del sufragio, la transparencia e imparcialidad de las elecciones, y la transparencia y moralidad de los funcionarios administrativos, entre otros, resultaría contraria a varios principios y valores constitucionales, como el principio democrático a nivel local, la soberanía popular, la autonomía territorial de los municipios y la eficacia de la gestión administrativa de las autoridades municipales.

En cambio, la interpretación por la cual se prohíja, limitada, claro está, a la situación de hecho concreta y precisa que se describe en la consulta, resulta armónica con las normas constitucionales y legales citadas, y no contraviene ninguno de los dos grupos de principios y valores constitucionales que se mencionan. En efecto, no puede presumirse que la remoción de los secretarios de despacho y de los directores de los departamentos administrativos, que haga el primer mandatario, y su reemplazo por personas de su entera confianza y que compartan su ideario político y su programa de gobierno, constituya una conducta arbitraria, poco transparente, parcializada y dirigida a favorecer a los candidatos que participan en las elecciones parlamentarias o en el proceso electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, pues el hecho de que el alcalde haya sido elegido por fuera del calendario electoral ordinario y, además, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, constituye, en sí misma, una situación excepcional e imprevista, y la necesidad que dicho mandatario tiene de conformar su equipo de gobierno y empezar a ejecutar rápida y eficazmente su programa político constituye, por sí misma, una justificación objetiva y válida, desde el punto constitucional. Lo contrario, es decir, afirmar que la remoción y la sustitución de los funcionarios referidos busca un propósito diferente, como el de interferir en las elecciones, es algo que tendría que probarse en el caso concreto.

Por todas las razones anteriores, la Sala considera que, de las varias interpretaciones que pueden hacerse al inciso final del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996, la que resulta más plausible es aquella que permite concluir que ante la situación sui generis del nuevo Alcalde de Yopal, y la necesidad de conformar su equipo de gobierno local al comienzo de su mandato, se justifica que pueda hacer excepcionalmente uso de su discrecionalidad aún en época preelectoral y, por tanto, ejercer la facultad de remover a los secretarios de despacho y directores de departamento administrativo, lo que generaría una falta definitiva que permitiría ser provista en esa circunstancia particular, pese a la norma que establece la prohibición general de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones populares al configurarse esa salvedad.

## 2. Conclusión

A juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía.

Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción

que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto.

Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa<sup>398</sup> y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos<sup>399</sup>.

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe:

- i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.
- ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.
- iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el

<sup>398 &</sup>quot;En virtud de lo dispuesto en el inciso último del parágrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos: (a) la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

<sup>&</sup>quot;La expresión "por faltas definitivas" que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00514-00. Radicación interna: 2182. "Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207. "Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Corte Constitucional. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, C-1153/05.

artículo 189 de la Ley 136 de 1994<sup>400</sup>, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

En este orden de ideas, es posible interpretar que dentro de las excepciones previstas por la Ley de Garantías Electorales está la situación presentada con el nuevo Alcalde de Yopal, y en este sentido, concluir que dicho mandatario local elegido y posesionado durante la vigencia de las restricciones impuestas por la referida ley, puede integrar su equipo de trabajo para conformar la autoridad política del municipio. De esta manera se le da un mayor alcance al principio de la democracia local, en el sentido de que la voluntad ciudadana se ve mejor representada si el Alcalde, para desarrollar el programa por el que lo eligieron para satisfacer las necesidades de la población, puede escoger sin obstáculos su equipo de trabajo. Situación por demás razonable cuando un mandatario inicia su periodo.

Es necesario destacar que la Sala arriba a estas conclusiones, teniendo en cuenta que se está en presencia de una situación excepcional, como lo es la elección y nombramiento del Alcalde de Yopal durante la vigencia de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005. Por lo tanto, la presente interpretación aquí planteada no resulta aplicable a casos diferentes.

Asimismo, debe señalarse que la situación atípica del Alcalde de Yopal, no lo excluye de cumplir con las demás obligaciones y restricciones impuestas por la Ley de Garantías Electorales, tales como la prohibición de acudir a la contratación directa o celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, entre otras. Tampoco puede remover a funcionarios diferentes a los indicados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994.

Para terminar, la Sala llama la atención del Gobierno nacional y del Congreso de la República sobre la necesidad de revisar el contenido de la Ley 996 de 2005, para adecuarla a las nuevas realidades y necesidades del país, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 2 de 2015 prohibió la reelección presidencial.

# 3. La provisión de cargos de los inspectores de policía

El segundo interrogante que se plantea en la consulta se refiere a la posibilidad de provisionar, durante la vigencia de las restricciones del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los

<sup>400 &</sup>quot;AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política".

cargos de inspector de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), establecidos en el inciso 2º del artículo 4º del Decreto 2026 de 2017<sup>401</sup>, artículo que señala:

"Para los efectos previstos en el artículo 2º del presente decreto, los Espacios Territoriales de Normalización y Reincorporación estarán ubicados en las antiguas Zonas Veredales Transitorias de Normalización y Puntos Transitorios de Normalización.

Así mismo y en el marco de lo dispuesto por la Ley 1801 de 2016 - Código Nacional de Policía y Convivencia, se promoverá la creación de una Inspección de Policía con el fin de conservar la convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas y de estas con los bienes y con el ambiente y, así mismo, ejercer las atribuciones legales correspondientes, en los términos de la ley".

Para arribar a una respuesta al interrogante formulado, la Sala pasa a efectuar las siguientes consideraciones:

- i) Tanto el artículo 32 como el 38 de la Ley de Garantías Electorales establecen la prohibición de modificar la nómina estatal durante el periodo anterior a las elecciones<sup>402</sup>.
- ii) El artículo 32 establece que la prohibición no aplicará cuando tenga ocurrencia alguna de las excepciones consagradas en el inciso segundo del artículo 33. Dicho inciso dispone:

"Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias". (Subrayas fuera de texto).

iii) La prohibición del artículo 32 y las excepciones del artículo 33 son aplicables a los entes que integran la Rama Ejecutiva, tanto a nivel nacional como territorial. Así, la Sala ha señalado:

"El artículo 32 de la Ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que se trata de aquellos sujetos que integran o pertenecen a "la Rama Ejecutiva del poder Público". Esta expresión envuelve a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel

<sup>401 &</sup>quot;Por medio del cual se reglamentan los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), creados, mediante el Decreto 1274 de 2017 y se dictan otras disposiciones".

<sup>&</sup>quot;a) Los artículos 32 y 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos. b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas "403". (Subrayas fuera de texto).

Igualmente, en otra oportunidad indicó:

"Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, <u>la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas;</u> para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes "404". (Subrayas fuera de texto).

iv) Una de las excepciones a la prohibición del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 es la relativa a la defensa y seguridad del Estado. Frente a su alcance la Sala ha determinado:

"Bajo este presupuesto, la gestión contractual relacionada con la defensa y seguridad del Estado es aquella vinculada a "la necesaria continuidad de actividades en que está comprometida la **supervivencia de las instituciones y la seguridad del Estado**".

En concordancia con lo anterior, en la Consulta 1720 de febrero 17 de 2006 se estableció la correspondencia entre los conceptos de seguridad del Estado, seguridad de las instituciones y orden público institucional, en los siguientes términos:

"3. La excepción a la prohibición de contratación directa por **motivos de defen**sa y seguridad del Estado (...)

<sup>403</sup> Ibídem. "Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 *in fine* de la Constitución". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de junio de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00066-00(2011).

<sup>404</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00. Radicación interna: 1985.

Dentro de este orden de ideas, el concepto de seguridad pública se ha desarrollado a su vez, vinculándolo necesariamente con el criterio **de normalidad institucional**, entendida esta última como el acatamiento por parte de la colectividad de la estructura normativa que rige la convivencia en la organización socio - política denominada Estado. **Seguridad y defensa del Estado, significan respeto del orden instituido**.

"Por tanto, desde el punto de vista socio-político respetar el orden público quiere decir acoger y seguir el conjunto de disposiciones coercitivas emanadas de los órganos constitucionalmente establecidos, para hacer posible la realización de los derechos y deberes, es decir, la convivencia social y el desarrollo del sistema comunitario. Es en este sentido que se establece una correspondencia necesaria entre **defensa del orden y seguridad institucional**".

En el mismo sentido, es necesario señalar que <u>el concepto de seguridad y defensa del Estado lleva ínsita la defensa de la soberanía e integridad del territorio nacional y la preservación del orden público. En consecuencia, la actividad o gestión contractual que se encuentra cobijada dentro de la excepción en comento, será aquella que directamente se relacione con los conceptos anteriores<sup>405</sup>. (Subrayas fuera de texto).</u>

Adicionalmente, en otra oportunidad consideró:

"La excepción relacionada con los contratos que se celebren para la defensa y seguridad del Estado, debe entenderse ligada a la noción de orden público social, tanto externo como interno, defensa de las instituciones y de la soberanía nacional"406.

Como se advierte entonces, a través de la excepción de seguridad y defensa del Estado se busca salvaguardar las instituciones, el territorio y la soberanía nacional, así como también conservar el orden público.

 v) En el año 2006 la Sala conceptuó que la excepción relativa a la defensa y seguridad del Estado era aplicable frente a la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los grupos alzados en armas al margen de la ley. Así, en dicha oportunidad la Sala indicó:

"Con el fin de establecer si la situación consultada encaja o no dentro de la excepción señalada en el título de esta parte, se precisan las competencias de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Defensa Nacional, sin perjuicio de otros programas bajo la responsabilidad de otros organismos o entidades públicas

<sup>405</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de marzo de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00030-00(1731). "Lo expuesto significa que desde el punto de vista constitucional y legal existe un claro marco a partir del cual las autoridades deben determinar en forma razonable, qué conductas o situaciones por alterar el orden público, están afectando la "defensa y seguridad" del Estado, por atentar en forma grave contra el orden instituido y hacer cuando menos improbable el normal desarrollo de la vida comunitaria". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-0001-00(1720)

<sup>406</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

con régimen especial, que permiten advertir el diseño de unos programas orientados a la desmovilización y reincorporación de grupos y personas alzados en armas, que a partir de la entrega de las mismas, generan la acción del Estado y como en el caso consultado su gestión contractual, con miras a la preservación del orden público y también a cristalizar avances en el logro de la paz, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, según lo consagra el artículo 22 de la Carta, en armonía con el deber impuesto a todo ciudadano y toda persona de propender al logro y mantenimiento de la paz ( artículo 95.6 de la C. P.).

*(…)* 

Como se observa, <u>la ejecución de estos programas está encaminada directamente al restablecimiento del orden público y a la búsqueda de la paz,</u> elemento esencial del Estado, que además constituye una de sus razones de ser, y que en la Constitución Política hace parte de los grandes anhelos nacionales, enunciados en el preámbulo. <u>Por esta razón, es claro que llevar a cabo la contratación directa para la continuidad de estos programas, es parte esencial de construcción de la paz, del restablecimiento del orden público, y por lo mismo encaja dentro de la noción de "defensa y seguridad del Estado" del artículo 33 de la Ley 996 de 2005"<sup>407</sup>. (Subrayas fuera del texto).</u>

### Igualmente, señaló:

"En consecuencia, es claro que dentro de la excepción a la prohibición de contratación directa, referente a la seguridad y defensa del Estado, se encuentra la gestión contractual que se requiera para el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los individuos y grupos desmovilizados, incluyendo aquellos que propenden por la vinculación de los desmovilizados a proyectos productivos o a programas de capacitación o educación que les facilite acceder a empleos productivos y el apoyo para ingresar a programas de asistencia psicológica adecuados que facilite su reincisión (sic) y adopción a la normal vida cotidiana, de conformidad con el artículo 66 de la ley 975 de 2005"408. (Subrayas fuera del texto).

Como puede evidenciarse, la Sala consideró que la excepción en materia de seguridad y defensa del Estado era aplicable, pues era necesario cumplir con los compromisos adquiridos con los individuos y grupos desmovilizados. Asimismo, estimó que la excepción cobijaba los programas dirigidos a dichos sujetos, habida cuenta de que a través de estos se contribuía al restablecimiento del orden público y a la consecución de la paz.

vi) La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP es uno de los puntos que integran el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. En esta dirección, en dicho Acuerdo se estableció:

<sup>407</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712).

<sup>408</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de abril de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00011-00(1712)A.

"Los delegados del Gobierno de la República de Colombia (el Gobierno nacional) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) consideran que:

Sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país <sup>2409</sup>.

La reincorporación de los integrantes de las FARC-EP a la vida civil constituye un aspecto esencial para la consecución de la paz y por tanto la conservación del orden público<sup>410</sup>.

vii) Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR)<sup>41</sup>, los cuales hacen parte de los compromisos acordados entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, son fundamentales para llevar a cabo el proceso de reincorporación de los ex miembros de este grupo, proceso que corresponde a un aspecto esencial dentro de los acuerdos alcanzados entre las partes.

Así, el artículo 2º del Decreto 2026 de 2017 establece:

"Definición. Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) son lugares para el desarrollo de actividades que faciliten la reincorporación a la vida civil en lo económico, lo social y lo productivo de los ex miembros de las FARC-EP debidamente acreditados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz en los términos del artículo 2º del Decreto ley 899 de 2017 y realizar actividades misionales de las entidades del orden nacional y territorial destinadas a la comunidades aledañas".

- viii) A través de los ETCR se busca asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Acuerdo Final y continuar con la implementación de este<sup>412</sup>.
- ix) La provisión de las Inspecciones de Policía es necesaria para la conservación del orden público, pues de acuerdo con lo establecido de manera expresa por el artículo 4º del Decreto 2026 de 2017, lo que se busca con dichas inspecciones es:

<sup>409</sup> Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 68.

<sup>&</sup>quot;Contiene también el acuerdo "Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil –en lo económico, lo social y lo político- de acuerdo con sus intereses". Sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país. La reincorporación ratifica el compromiso de las FARC-EP de cerrar el capítulo del conflicto interno, convertirse en actor válido dentro de la democracia y contribuir decididamente a la consolidación de la convivencia pacífica, a la no repetición y a transformar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio". Ibidem, p. 8.

<sup>411</sup> Estos espacios fueron creados por el artículo 3º del Decreto 1274 de 2017: "La Zona Veredal Transitoria de Normalización (ZVTN) y el Punto Transitorio de Normalización (PTN), una vez terminados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del presente decreto, se transformarán en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR), a efectos de continuar el proceso de reincorporación de los exmiembros de las FARC - EP. La transformación de las zonas en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) no implica suspensión de la normalidad institucional ni del Estado social y democrático de derecho".

<sup>412 &</sup>quot;Que la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), mediante el "Comunicado Conjunto número 19 Comunicado CSIVI sobre cumplimiento de compromisos, D+180 y siguiente fase de implementación" del 29 de mayo de 2017, con el propósito de asegurar el cumplimiento de los compromisos que prevé el Acuerdo Final, incluido lo relativo al D+180 y proyectar la siguiente fase de implementación, construyó una hoja de ruta mediante la cual se hará una "Conversión de las Zonas Veredales en Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación. Los Espacios servirán para capacitar a los integrantes de las FARC-EP para su reincorporación a la vida civil, preparar proyectos productivos y atender las necesidades de formación técnica de las comunidades aledañas, en un modelo de reincorporación comunitaria (...)"". Decreto 2240 de 2017, considerandos.

"[C]onservar la convivencia, la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas y de estas con los bienes y con el ambiente y, así mismo, ejercer las atribuciones legales correspondientes, en los términos de la ley".

Igualmente, los inspectores de policía, como autoridades de policía y para preservar el orden público<sup>413</sup>, tienen competencia para solucionar los conflictos de convivencia ciudadana<sup>414</sup>.

 x) La inspección de policía es crucial en orden a mantener el orden público en dichas zonas, dadas las problemáticas que acusan. Así, la Defensoría del Pueblo en el documento titulado "Informe Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación" indicó:

"En 12 de las 26 zonas se reportaron diferentes tipos de problemáticas asociadas al relacionamiento entre la comunidad, los excombatientes de las FARC-EP y los miembros de Naciones Unidas"415.

xi) El éxito del proceso de paz, y por lo tanto la consecución de una paz estable y duradera, requiere que los ETCR cuenten con niveles adecuados de seguridad y tranquilidad. En esta dirección, la Defensoría del Pueblo señaló:

"Así las cosas, esta percepción de inseguridad e intranquilidad puede derivar en una deslegitimación del proceso y en un eventual abandono de algunos de los miembros de las FARC-EP originalmente concentrados en los distintos ETCR"416.

xii) La provisión de las inspecciones de policía para los ETCR debe hacerse de forma rápida, toda vez que el término de duración de estos, en principio, es solamente de dos años. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 2026 de 2017, que dispone:

"Los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETCR) podrán tener una duración de dos (2) años contados a partir de la fecha establecida en los artículos 1º y 2º del Decreto número 1274 de 2017. Lo anterior, sin perjuicio de la evaluación que permita al Gobierno nacional modificarlos, suprimirlos o prorrogarlos según las necesidades del caso, por razones de seguridad, de índole administrativo y cualquier otra que pueda presentarse".

La temporalidad de los ETCR hace jurídicamente odioso e inaplicable cualquier recorte de la variable relativa a su duración, como la que se derivaría de sustraerle 4 meses.

<sup>413 &</sup>quot;La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de noviembre de 2014, C-813/14.

<sup>414 &</sup>quot;Corresponde a las autoridades de Policía el conocimiento y la solución de los conflictos de convivencia ciudadana". Ley 1801 de 2016, artículo 198.

<sup>415</sup> Defensoría del Pueblo de Colombia. Informe Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, p. 32.

<sup>416</sup> Ibídem, p. 88.

Como se advierte, la presencia de una inspección de policía en los territorios mencionados se hace necesaria para mantener la normalidad institucional de la zona y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica. Por lo tanto, es razonable que la provisión de cargos para las inspecciones de policía en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación se pueda adelantar sin que para el efecto sea dable jurídicamente aplicar la restricción propia de los periodos preelectorales. Este análisis obedece a una interpretación sistemática de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales<sup>417</sup>.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### La Sala responde:

 ¿Es pertinente una medida de carácter excepcional para la Alcaldía de Yopal frente a las disposiciones del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo relativo a la prohibición de modificar la nómina del respectivo ente territorial dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular?

En virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por regla general, el Alcalde de Yopal, recién electo en elecciones atípicas, no puede modificar la nómina de la Alcaldía en la época preelectoral. Sin embargo, podrá hacerlo, excepcionalmente, en el caso de la aplicación de las normas de carrera administrativa y de la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos.

Por lo tanto, de llegarse a proveer un cargo por la citada autoridad, este debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública. Siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014, la decisión que se tome en ese sentido debe:

 i) Evidenciar de forma real y verificable la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se afectaría significativamente la función de la administración o el servicio público, en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la entidad.

<sup>417</sup> Frente a una análisis sistemático de estas disposiciones, la Sala ha señalado: "En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo 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 parágrafo 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 parágrafo del artículo 38". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2006. Radicación número: Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00019-00(1720). "Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 in fine de la Constitución. Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", con lo cual quedan incluidas las entidades territoriales. (...) En relación con el parágrafo del artículo 38 de la ley 996, es claro que su campo de aplicación se refiere a las entidades territoriales pues en su parte inicial menciona una serie de autoridades del orden territorial y como se dijo, su alcance se refiere a elecciones en general, tanto territoriales como nacionales. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de junio de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00066-00(2011).

- ii) Buscar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la entidad.
- iii) Respetar el bien jurídico protegido por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, de manera que no debe realizarse con el propósito de influir indebidamente en el electorado o favorecer a un candidato particular.

Ahora bien, en lo que respecta a la facultad de remoción, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría remover a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo.

Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público, de conformidad con los criterios trazados por la Sala en el año 2014.

En todo caso, el ejercicio de esta facultad debe honrar la finalidad perseguida por la Ley Estatutaria de Garantías Electorales. En consecuencia, no puede utilizarse para afectar la voluntad de los electores, o favorecer una causa o campaña electoral.

2. ¿Puede hacerse una eventual provisión de los cargos de inspector de Policía en el marco de lo previsto en la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía y Convivencia, y el inciso 2º del artículo 4 del Decreto 2026 del 4 de diciembre de 2017 sin desconocer las prohibiciones previstas en el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005?

La construcción de una paz estable y duradera requiere, como lo señaló el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, la reincorporación efectiva de los ex miembros de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país. El proceso de reincorporación constituye entonces un aspecto esencial para la consecución de la paz, la cual es un derecho fundamental y deber de obligatorio cumplimiento.

Con el fin de adelantar la reincorporación de los sujetos mencionados, se crearon los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, en los cuales se debe mantener en todo momento la vigencia del Estado Social de Derecho y la normalidad institucional. Una autoridad que contribuye a este objetivo, es el inspector de policía, el cual tiene como misión conservar la convivencia y la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, así como de estas con los bienes y con el ambiente.

Como es necesario mantener la normalidad institucional y facilitar la reincorporación de las personas que dejaron las armas en un ambiente de convivencia e interacción pacífica, y dada la duración temporal de los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, es razonable la provisión de los cargos de inspector de policía en estas zonas. La provisión tiene lugar a la luz de la excepción de defensa y seguridad nacional, que resulta aplicable en virtud del análisis sistemático de los artículos 32, 33 y 38 de la Ley de Garantías Electorales.

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

**SUSCRIBEN EL CONCEPTO:** Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Alberto Reves Rey, Secretario de la Sala.

3. Renuncia de congresista electo para el período 2018-2022, con el fin de participar en las elecciones populares para gobernador en el período 2020-2024. Inhabilidades e Incompatibilidades.

#### Radicado 2384

Fecha: 09/10/2018

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Levantamiento de la reserva mediante oficio OFI18-44270-OAJ-1400 del 2 de

noviembre de 2018

El Ministro del Interior consulta acerca de la posibilidad de que un Representante a la Cámara, elegido para el período 2018-2022, renuncie a su curul para participar como candidato, en las próximas elecciones para autoridades territoriales (periodo 2020-2024) que se realizarán en el mes de octubre del año 2019. Así mismo, y en caso afirmativo, consulta cuál sería la oportunidad en que tendría que presentarse la renuncia para que dicho Congresista no quedara inhabilitado.

Con fundamento en lo anterior, formula las siguientes **PREGUNTAS**:

¿Es posible que un actual Representante a la Cámara electo para el período 2018-2022, renuncie a la curul con la finalidad de participar en las elecciones de autoridades territoriales para el período 2020-2024?

De ser posible lo anterior, ¿Cuál sería la fecha límite para renunciar a la curul en la Cámara de Representantes a fin de no incurrir en inhabilidades para las elecciones de autoridades territoriales para el período 2020-2024?

Con el fin de precisar el alcance y los términos de la consulta, por auto del 28 de agosto de 2018, se dispuso oficiar a la señora Ministra del Interior, para que informara:

¿Cuál es el cargo de elección popular del orden territorial al que presuntamente aspira el Representante a la Cámara?

Si la pregunta sobre las inhabilidades o incompatibilidades a las que podría estar sujeto dicho Congresista se relacionan con el solo hecho de ejercer actualmente como Representante a la Cámara, o tiene que ver con alguna otra circunstancia de hecho o de derecho que la Sala debiera conocer.

En respuesta al anterior requerimiento, se informó que el cargo al cual aspiraría el Congresista es el de gobernador, y que la inquietud sobre las inhabilidades o incompatibilidades se refiere a las que puedan surgir única y exclusivamente por su condición actual de Representante a la Cámara.

#### II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse a los siguientes temas: i.) inhabilidades para ser elegido gobernador,

ii) incompatibilidades de los congresistas, iii) otras causales de inelegibilidad de carácter constitucional y legal para ser elegido gobernador y iv) oportunidad para presentar la renuncia en atención a las inhabilidades e incompatibilidades aplicables.

### i) Inhabilidades para ser gobernador

Las inhabilidades han sido entendidas como aquellas circunstancias que impiden que una persona pueda ser elegida o designada en un cargo público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido las inhabilidades como:

"aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos", y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza "418.

Igualmente, se ha precisado que las normas que contemplan inhabilidades o incompatibilidades deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo, lo que excluye un criterio analógico o extensivo en su hermenéutica.

En lo que atañe a las inhabilidades para ser elegido Gobernador, el artículo 304 de la Constitución determinó que los gobernadores serán elegidos popularmente para un período institucional de cuatro (4) años y asignó a la ley fijar el régimen jurídico de calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades. En el artículo 305 ibídem se condicionó dicha facultad, en el sentido que el régimen de inhabilidades no sería menos estricto que el establecido para el Presidente de la República.

En virtud a la facultad otorgada en la norma constitucional antes referida, la Ley 617 de 2000, artículo 30, fijó las inhabilidades para el cargo de gobernador en los siguientes términos:

"Artículo 30. De las inhabilidades de los gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

- 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
- 2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

- 3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.
- 4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.
- 5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.
- 6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.
- 7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional".

Teniendo en cuenta el supuesto de hecho al que se refiere la consulta, concerniente a las inhabilidades en que podría incurrir un Representante a la Cámara que aspira al cargo de Gobernador en las elecciones locales que se celebrarán el 27 de octubre de 2019, la Sala analizará únicamente las causales de inelegibilidad contenidas en los numerales 3º y 7 del artículo 30 de la citada ley, con el fin de dilucidar si se configuran o no las mismas.

Revisado el contenido normativo del numeral 3º, se observa que comprende dos hipótesis para su configuración, a saber:

 i) Que el elegido dentro del año anterior a la fecha de su elección, haya ejercido como empleado público jurisdicción, autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o

ii) Que el elegido, dentro del mismo lapso, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o en la celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el correspondiente departamento.

La causal de inelegibilidad se configura respecto de quien haya ejercido como empleado público alguna de las clases de autoridad que allí se enlistan o haya intervenido como ordenador del gasto en el respectivo departamento para los propósitos allí señalados. Por tal razón, debe determinarse si los Congresistas ostentan el carácter de empleados públicos.

Para dilucidar lo anterior debe acudirse a lo normado en el artículo 123 de la Constitución Política, donde se definen las diferentes categorías de quienes prestan sus servicios personales al Estado, el cual dispone:

**"Artículo 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

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.

Conforme al contenido de la norma constitucional, en ella se establece una denominación genérica como lo es la de servidor público, en la que se encuentran comprendidas las siguientes categorías: a) los miembros de las Corporaciones públicas, b) los empleados públicos y c) los trabajadores oficiales.

Dentro de la categoría de los miembros de Corporaciones se encuentran: los Senadores, los Representantes a la Cámara, los Diputados, los Concejales y los miembros de juntas administradoras locales, empero estos no pueden ser catalogados como empleados públicos dado su origen de vinculación.

Sobre este aspecto, la Sala en concepto 1.949 de 2 de abril de 2009, había precisado:

"Obsérvese que la norma transcrita hace precisa referencia al vocablo empleado público, respecto del cual se conserva vigente la definición contenida en el decreto ley 3135 de 1968, artículo 5º, parte inicial:

Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

La disposición transcrita armoniza en el artículo 123 de la Constitución de 1991<sup>419</sup>, en tanto que explica el concepto de servidores públicos a través de una clasificación que diferencia entre los miembros de las corporaciones públicas y los empleados del Estado; de manera que los congresistas son servidores públicos por ser miembros de una corporación pública y, por lo mismo, no son empleados del Estado, que en la anterior terminología se denominaban como empleados públicos.

No hay, pues, duda, de que la causal de inhabilidad consagrada en la norma transcrita de la ley 617 del 2000, no es predicable de los congresistas por cuanto ellos no son empleados públicos".

Por tanto, al no ostentar el Representante a la Cámara la condición de empleado público, tal condición no permite configurar la inhabilidad en estudio.

De igual modo, tampoco estaría incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 7 del artículo 30 de la citada ley, referida a que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador "quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 del Constitución Nacional".

En efecto, el cargo de Congresista (Senador o Representante a la Cámara), no se encuentra mencionado en aquellos señalados expresamente en el precepto constitucional, a saber:

"Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes".

### ii) De las incompatibilidades de los congresistas

Con fundamento en la hipótesis planteada en la consulta, la Sala debe estudiar, en lo que resulte pertinente, el régimen de incompatibilidades de los congresistas y las consecuencias que se podrían derivar de su violación.

En primer término, es necesario resaltar que las incompatibilidades han sido entendidas como: "una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias

<sup>419</sup> C.P., Art. 123: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado<sup>20420</sup>.

Desde el punto de vista legal, las incompatibilidades están definidas en el artículo 281 de la Ley 5 de 1992, así: "Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función".

Las incompatibilidades de los Congresistas están previstas en el artículo 180 de la Constitución Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

## "Artículo 180. Los congresistas no podrán:

- 1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
- 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
- 3. Numeral modificado por el parágrafo 2º artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 1993: Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
- 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

**Parágrafo 1º.** Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

**Parágrafo 2º.** El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta".

A su vez, el artículo 181 de la Constitución fijó el límite temporal para que se configuren las incompatibilidades, estableciendo dos hipótesis: la primera, que corresponde a los congresistas que permanezcan en su cargo durante todo el período constitucional. En este caso, la incompatibilidad se mantiene durante todo el período respectivo. La segunda, se refiere a quienes renuncien a su investidura, caso en el cual la incompatibilidad se

mantendrá durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento fuere superior. La norma reguló dichos lapsos en los siguientes términos:

**"Artículo 181.** Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión".

Debe señalarse, entonces, que en aquellos eventos en que medie renuncia a la curul de congresista, la incompatibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 180, sigue vigente durante el año siguiente a la aceptación de la renuncia, si el tiempo para concluir el periodo es superior.

Ahora en lo que corresponde al ejercicio o actividad simultánea de funciones, el artículo 20 de la Ley 1881 de 2018, estableció:

"Para los efectos del numeral 1 del artículo 180 Constitución Política, se entenderá que el Congresista debe estar realizando, simultáneamente con las de Parlamentario, funciones inherentes a las del cargo o empleo público o privado".

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-247 de 1995, al decidir sobre la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 144 de 1994, que tenía el mismo contenido normativo que el artículo 20 de la Ley 1881 de 2018, puntualizó:

"El artículo decimoctavo es constitucional, pues hace explícito el concepto de **incompatibilidad**, dándole el alcance de actividad simultánea o concomitante con la del ejercicio del cargo de congresista, lo cual coincide con lo expresado por esta Corte en sentencias C-349 del 4 de agosto de 1994 y C-497 del 3 de noviembre del mismo año, ratificadas recientemente en Sentencia C-194 del 4 de mayo de 1995.

En tales providencias afirmó la Corte que la incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades, pues "dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo –como es el de congresista para el caso que nos ocupa– aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición".

"En otros términos –añadió la Corte– estamos ante aquello que no puede hacer el congresista de manera simultánea con el desempeño de la gestión pública que le corresponde, por entenderse que, si las actividades respectivas fueran permitidas, se haría daño al interés público en cuanto se haría propicia la indebida influencia de la investidura para fines particulares".

La norma examinada, al definir el concepto de incompatibilidad, evita equívocos en la determinación de la responsabilidad de un congresista para los efectos de la pérdida de la investidura. Será declarada exequible.

No puede olvidarse, desde luego, que, para el caso de los congresistas, el artículo 181 de la Carta Política mantiene las incompatibilidades en el evento de renuncia durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. Aquí la simultaneidad que se predica en la norma se refiere al tiempo de la correspondiente prohibición constitucional". (Subrayas fuera de texto original).

En el presente asunto, es menester detenerse en la prohibición prevista en el numeral 1º del artículo 180 constitucional, según la cual se impide que el congresista pueda desempeñar cualquier cargo o empleo público o privado de manera simultánea a su ejercicio como legislador.

Sobre el alcance de la prohibición que se viene examinando, esta Sala luego de analizar la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, concluyó lo siguiente<sup>421</sup>:

"En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera actualmente que los congresistas pueden, sin incurrir en la incompatibilidad descrita en la causal 1º del artículo 180, tener actividades alternas que impliquen una dignidad pero que no interfieran con las funciones propias del cargo.

En efecto, en el estado actual de la jurisprudencia, lo determinante para la Sala Plena de esta Corporación es que para desvirtuar que se incurre [el] la causal 1º del artículo 180, se debe evidenciar que en la actividad que paralelamente desempeñe el Congresista no exista un vínculo laboral que se ejerza, y en consecuencia, no debe haber subordinación o dependencia, ni remuneración, prebenda o beneficio económico. De igual forma que la actividad desplegada no tenga limitación expresa para los congresistas, ni que se vincule al "ejercicio" de una profesión u oficio. En este sentido, se permite en términos generales el desarrollo pleno de los derechos como a todos los asociados, por ejemplo, el derecho a la libre expresión y a la participación política.

Se reitera que la línea jurisprudencial analizada en esta ponencia, corresponde a las sentencias proferidas por la Sala Plena del Consejo de Estado por pérdida de investidura, referidas a la causal primera del artículo 180 de la Carta, y es en consideración al estado actual de dicha jurisprudencia que resulta posible absolver la consulta formulada a la Sala en el sentido que a continuación se expone, con la advertencia explícita de que será a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a quien corresponderá definir cualquier demanda que pueda presentarse al respecto, previo agotamiento del trámite procesal regulado por la Ley 144 de 1994.

<sup>421</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1.949 de 2 de abril de 2009.

Para la Sala, la situación expuesta por el Ministerio, en el estado actual de la jurisprudencia no configura una causal de incompatibilidad para un senador de la República, y ello por cuanto la actividad a que en ella se alude no constituye el desempeño de un cargo o empleo público o privado. Si bien puede considerarse como constitutiva de una dignidad, no se observa –con los elementos informados por el Ministerio consultante-, que la misma pueda interferir con las funciones propias del cargo".

Posteriormente, la Sala al resolver una consulta similar a la que se plantea en esta oportunidad, analizó y definió los elementos que se deben tener en cuenta para la configuración de dicha causal, frente a lo cual puntualizó<sup>422</sup>:

"Respecto de la causal en comento son dos los elementos que, en criterio de la Sala, deben ser considerados: el de empleo público y el de su desempeño.

## a) El concepto de empleo público:

Actualmente el artículo 19 la ley 909 del 2004<sup>423</sup>, se refiere al empleo público como "el núcleo básico de la estructura de la función pública" y lo define como "el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado"<sup>424</sup>.

La jurisprudencia constitucional tiene identificados como elementos esenciales del empleo público: "(i) la clasificación y la nomenclatura; (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente; y (vi) su incorporación en una planta de personal<sup>20425</sup>.

Por su parte, el artículo 133<sup>426</sup> de la Constitución se refiere a "los miembros de cuerpos colegiados de elección directa", para señalar que "representan al pueblo", y cómo deben actuar y cuál es su responsabilidad, por razón de esa investidura, que es, en términos gramaticales, un carácter o condición<sup>427</sup>.

<sup>422</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1791 de 30 de noviembre de 2006.

<sup>423</sup> Ley 909 de 2004 (septiembre 23), "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", D. O. No. 45.680, septiembre 23/04.

<sup>424</sup> Ley 909/04, Art. 19. "El empleo público. 1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. / 2. El diseño de cada empleo debe contener: /a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo; c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales. / Par. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, liderará los estudios y las mesas de concertación para la identificación, caracterización ocupacional y la determinación de los requisitos y procedimientos de acreditación, apoyada en metodologías reconocidas. Los resultados de las mismas permitirán al Gobierno Nacional establecer los requisitos de formación académica y ocupacional de los cargos. El Gobierno Nacional designará el organismo competente para la normalización, acreditación y certificación de las competencias laborales en el sector pública.

<sup>425</sup> Cfr. Sentencias C-793-02, C-1174-05, entre otras.

<sup>426</sup> C.P., Art. 133: "Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. / El elegido es responsable politicamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura". En concordancia con Constitución Política, Cap.6º, De los Congresistas, Título VI, De la Rama Legislativa y Ley 5º de 1992, Título I, Congreso en pleno, Capítulo XI, Estatuto del Congresista.

<sup>427</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "Carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades". Carácter: "Condición dada a alguien o a algo por la dignidad que sustenta o la función que desempeña".

A la luz del ordenamiento vigente es claro, entonces, que mientras el vocablo gobernador identifica tanto al titular como a la denominación de un empleo público<sup>428</sup>, el de congresista denota una condición y no un empleo; sin perjuicio de que tengan en común el acceso al ejercicio de funciones públicas por voto popular e integren el concepto genérico constitucional de servidores públicos<sup>429</sup>.

# b) El significado y alcance del verbo desempeñar:

En su tenor literal las disposiciones contenidas en el numeral 1 de los artículos 180 constitucional y 282 de la ley 5ª de 1992, son claras, de manera que es suficiente acudir al significado gramatical del verbo rector de la conducta prohibida: "desempeñar", del cual trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española varias acepciones, entre ellas: Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio; ejercerlos, o Actuar, trabajar, dedicarse a una actividad.

Es pertinente agregar que la primera acepción del verbo ejercer, es Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión, y que sobre el verbo cumplir, dice la obra en cita que referido a una persona es hacer aquello que debe o a lo que está obligado. Vale decir que en el sentido lato de las palabras, desempeñar el cargo o empleo es actuar ejerciendo las funciones que a este corresponden.

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución colombiana exige para el ejercicio de un cargo público, tomar posesión del mismo<sup>430</sup>, acto que incorpora el juramento de "desempeñar los deberes que le incumben".

En esa perspectiva, la incompatibilidad que la Constitución y la ley consagran en las normas antes transcritas respecto de los Congresistas, sólo se concreta si, encontrándose en ejercicio de su investidura, ejercen las funciones de un empleo, que, si es público, configura la incompatibilidad desde el acto mismo de la posesión.

Tal ha sido la interpretación tradicionalmente acogida por la jurisprudencia, cuando por vía contenciosa o en sede de tutela ha revisado la causal y su aplicación práctica en los casos de pérdida de investidura; sin perjuicio de considerar por lo menos cuatro sentidos de la noción de "desempeñar" en el numeral 1 del artículo 180 constitucio-

<sup>428</sup> Ley 909 del 2004 (septiembre 23), "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial No. 45.680, septiembre 23/04, Art. 1º, "Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. / Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurar ía la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. / De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales". Art. 5º. "Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: (...)".

<sup>429</sup> C.P., Art. 123: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. / 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".

<sup>430</sup> C.P., Art. 122, inciso 2: "Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben".

nal<sup>431</sup>, pero se reitera, privilegiando el que atañe a las acciones u omisiones propias del ejercicio de un empleo.

A lo anterior se agrega que la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido igualmente constante en el sentido de diferenciar los conceptos de empleo y cargo, según se trate de un vínculo laboral, legal o contractual, o se trate de una dignidad o encargo, caso este último que puede ubicarse dentro de la causal analizada si su cumplimiento implica "una afectación a la labor que debe cumplir el congresista o un conflicto de intereses..."<sup>432</sup>, pues, atendidos sus antecedentes en la Asamblea Constituyente, "lo que prohíbe el numeral 1 del Art. 180 de la Constitución es el desempeño, la dinámica que comporta el ejercicio de un cargo o empleo; es la gestión, el desarrollo de unas funciones que estorben el cumplimiento de las tareas legislativas y de las demás atribuciones que corresponden a un ciudadano elegido para integrar el Congreso de la República, o que se utilice para ejercer tráfico de influencias..."<sup>433</sup>

Con relación al desempeño del cargo también debe tenerse presente el período durante el cual aplica la incompatibilidad, que al tenor de la Carta Política, artículo 181<sup>434</sup>, será el del ejercicio del cargo, y en caso de renuncia, se mantendrá por el año siguiente al de la aceptación de ésta.

De manera que a la luz de su régimen vigente de incompatibilidades, el congresista que aspire a desempeñar un cargo o empleo público o privado debe renunciar a su investidura, para que transcurrido un año desde la fecha en que dicha renuncia le sea aceptada, pueda entrar a ejercer el cargo o empleo, esto es, a desempeñarlo.

Ahora bien, tratándose de cargos públicos, entra en juego la circunstancia de que algunos de ellos tienen establecido por el ordenamiento constitucional o legal, un período institucional y una fecha de inicio del mismo. En este caso, la exigencia normativa que inhibe la causal de incompatibilidad atañe a que la renuncia de la investidura debe quedar debidamente aceptada un año antes, por lo menos, de la fecha en que deberá tomarse posesión del empleo público, precisamente porque la posesión es determinante del desempeño".

<sup>431</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU.1159-03: ... (i) "Desempeño" puede ser entendido como "ser", en el sentido de "ostentar una condición"... se "desempeño" como representante legal de una Fundación, queriendo decir, simplemente, que él "había sido" el representante legal. (ii) "Desempeño" puede ser entendido en el sentido de "ejercer", esto es, llevar a cabo una actividad, un cargo, un empleo. En este caso, alegar que alguien desempeño un empleo o un cargo, supone decir que este "ejerció" dicho cargo, esto es, que no sólo lo ostentó, lo tenía, sino que realizó acciones u omisiones propias de éste. / (iii) Ahora bien, en el contexto del artículo 180 de la Carta, también es plausible entender que cuando se habla de "desempeñar" un cargo o empleo, se hace referencia a realizar una actividad que afecte la investidura propia del congresista. Según esta interpretación, no bastaría con mostrar que una persona tiene un cargo y que lo ejerció, sino que estas acciones afectaron el "desempeño" como congresista. / (iv) La cuarta forma de entender la expresión "desempeño" en el contexto normativo que se analiza, consiste en "ejercer" una actividad que se desarrolla dentro del tiempo en que se debe actuar como congresista con dedicación exclusiva para que no se entorpezca su labor parlamentaria. / El uso que hace de la expresión "desempeño" el Consejo de Estado en la sentencia que decretó la pérdida de la investidura..., comprende elementos del segundo caso antes mencionado, es decir, se entiende que alguien desempeño un cargo o empleo en el caso de que lo haya "ejercido", esto es, en el caso en que haya realizado actuaciones u omisiones propias del cargo o el empleo...?

<sup>432</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de febrero 13/01 (AC 11496).

<sup>433</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente AC-1215, citado en sentencia, también de Sala Plena, del 1º de junio del 2005, Rad. No. 11001-03-15-000-2004-01561(Pl). Cfr., también de Sala Plena, Sentencias del 20 de septiembre del 2005, Rad. 11001-03-15-000-2004-01216-00(Pl), y del 14 de febrero del 2006, Rad. No. 11001-03-15-000-2005-00946-00(Pl), entre otras.

<sup>4.34</sup> C.P., Art. 181: Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. / Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión".

De acuerdo con los lineamientos fijados, es claro que la causal se configura solamente al tomar posesión del empleo público dentro del año siguiente a la aceptación de la renuncia como Congresista, y no la simple inscripción al cargo de elección popular o la elección misma.

En lo que concierne al cargo de gobernador, el artículo 303 de la Constitución, con la modificación introducida por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2002, dispuso que tiene un período institucional de 4 años, cuya elección se produce el último domingo del mes de octubre del año en que finaliza el periodo y deben tomar posesión el 1 de enero del año siguiente. En el caso que nos ocupa, tales fechas son el 27 de octubre de 2019 y el 1º de enero del año 2020<sup>435</sup>.

Por tanto, para que no se configure la incompatibilidad analizada, el Congresista debe renunciar a su curul y la renuncia debe quedar debidamente aceptada antes del 1º de enero del año 2019.

### iii) Otras causales de inelegibilidad de carácter constitucional y legal

# a) Inhabilidad por coincidencia de períodos

Dado que el período que ejerce actualmente el Representante a la Cámara (2018-2022) coincide parcialmente con el cargo de Gobernador al cual aspira (2020-2024), es necesario analizar también la inhabilidad establecida en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, sobre la coincidencia de períodos, que prescribe:

### "Artículo 179. No podrán ser congresistas:

- 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
- 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
- 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

<sup>435</sup> Acto Legislativo 2 de 2002, artículo 7º "La Constitución Política tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor: Artículo transitorio. Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus periodos entre la vigencia del presente Acto Legislativo y el 31 de diciembre del año 2003, ejercerán sus funciones por un periodo equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un periodo que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007.

Todos los Gobernadores y Alcaldes elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000 y antes de la vigencia del presente acto legislativo, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007. En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1o. de enero del año 2008.

El período de cuatro años de los miembros de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Ediles se iniciará el 1o. de enero del año 2004.

- 4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
- 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
- 6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
- 7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
- 8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

Esta causal de inelegibilidad quedó establecida también en la Ley 5 de 1992, en los siguientes términos:

### "Artículo 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

- 1. Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
- 2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.
- 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.
- 4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.
- 5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

- 7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos de nacimiento.
- 8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5". (Negrilla fuera de texto)

Si bien la causal de inelegibilidad antes citada se encuentra prevista en el artículo 179 de la Carta, que establece el régimen de inhabilidades de los congresistas, por lo que podría pensarse que solo es aplicable para quien pretenda ser elegido Senador o Representante a la Cámara, la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación han reiterado que también es aplicable a los demás cargos que deban proveerse por elección popular y tiene por finalidad impedir que un candidato resulte elegido para dos cargos de elección popular, cuyos periodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente.

Asimismo, es pertinente precisar que la Corte Constitucional, en sentencia C-093 de 1994, al declarar exequible el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, efectuó las siguientes consideraciones sobre esta causal de inhabilidad:

"En materia de inhabilidades y para el caso en estudio sometido a la decisión de esta Corporación, el artículo 179, numeral 8° de la Carta Política establece lo siguiente:

"No podrán ser congresistas:

8. Nadie podrá ser elegido para más de de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público;

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura del Congresista elegido (artículo 183, numeral 1° C.P.).

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegida para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna

de las circunstancias de que trata el artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo en que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de la investidura de Congresista (artículo 183, numeral 1° de la C.P.).

De conformidad con el numeral 8°, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión "nadie podrá", para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación. En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual "ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción", sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8°, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista".

De acuerdo con el anterior precedente jurisprudencial, la causal de inhabilidad no se configura si el servidor público presenta su dimisión y esta es aceptada antes de las nuevas elecciones en las cuales desea participar, pues en el evento de que sea aceptada su renuncia como Congresista, se presentaría una falta absoluta en el cargo que ejerce.

De igual modo, la Corte Constitucional en la mentada sentencia C-093 agregó: "si los Concejales y Diputados cuyo periodo constitucional se encontraba vigente <u>para la fecha de la inscripción de su candidatura</u> al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, <u>rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución..."</u> (Subrayas fuera del texto),

En relación con la inhabilidad en comento, la Sección Quinta<sup>436</sup> de esta Corporación ha indicado:

"Lo anterior significa que el texto del numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política se mantiene incólume desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad, pues las referidas decisiones aclararon que la interpretación sobre tal disposición era la abordada por la jurisprudencia. En especial el examen de justicia al ordenamiento superior realizado en la Sentencia C-093 de 1994 es una decisión de control "concreto" de constitucionalidad y que se caracteriza por: i) hacer tránsito a cosa juzgada absoluta; y, ii) tener efecto "erga omnes", toda vez que la decisión allí contenida tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos. Tales características, llevan a la conclusión ineludible del imperioso cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para el poder judicial, de la decisión allí contenida. Por otra parte al haberse controlado la disposición contenida en la "ley orgánica" (Ley 5º de 1992), que completaba el dispositivo normativo del numeral 8º del artículo 179 constitucional, debe observarse obligatoriamente la interpretación sistemática y armónica entre la Constitución y la ley.

Por ello, la inhabilidad contenida en el texto constitucional se debe entender en armonía con la salvedad establecida por el constituyente derivado en la Ley 5ª de 1992. En consecuencia, no puede la Sala optar por una interpretación que desconozca las prescripciones que trae dicha normativa, en lo que atañe a la inhabilidad por "coincidencia de períodos".

# 2.2.1.2. La jurisprudencia de la Sección Quinta

En este punto, la Sala se permite destacar que la Sección Quinta ha tenido una posición, sólida, uniforme y reiterada, a partir del fallo de constitucionalidad C-093 de 1994 en el sentido que la salvedad contenida en el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 conlleva la inoperancia de la inhabilidad consagrada en el mismo numeral del artículo 179 de la Carta Política, y que tal estudio es cosa juzgada absoluta, razón por la cual tiene efectos erga omnes.

Sobre el particular, pueden encontrarse entre muchas, las sentencias de 24 de noviembre de 1999, Exp. 1891, M. P. Darío Quiñonez Pinilla; de 3 de mayo de 2002, Exp. 2000-0880-02, M. P. Mario Alario Méndez; de 25 de agosto de 2005, Exp. 2003-01418-01, M. P. Darío Quiñonez Pinilla; de 19 de julio de 2007, Exp. 2002-3991-00; de 10 de marzo de 2011, Exp. 2010-00020-oo, M. P. Susana Buitrago Valencia; de 8 de octubre de 2014, Exp. 2014-00032-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro; de 30 de octubre de 2014, Exp. 2014-00054-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro y de 12 de marzo de 2015, Exp. 2014-00050-00, M. P. Susana Buitrago Valencia".

Conforme al marco jurídico y jurisprudencial reseñado, la Sala concluye que en el evento en que el período del Congreso y el de una corporación pública del nivel territorial o cargo público de ese mismo orden coincidan en el tiempo parcialmente, la causal de inelegibilidad prevista en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución no tiene operancia si el servidor presenta renuncia a su investidura y la misma es aceptada, antes de la inscripción para la elección de la nueva corporación o cargo.

Por tanto, la fecha límite para presentar renuncia por parte del Representante a la Cámara que ha tomado posesión de su cargo para el período constitucional 22018-2022, es antes de inscribirse como candidato a las elecciones territoriales, además que debe ser aceptada antes de este lapso.

### b) Inhabilidad por doble militancia

A pesar de que el supuesto de hecho planteado en la consulta no plantea que el Representante a la Cámara aspire a ser elegido gobernador por un partido distinto al que resultó elegido para ocupar la curul, la Sala considera conveniente hacer referencia a esta causal de inhabilidad, ya que podría configurarse hipotéticamente esta circunstancia.

El inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, al prohibir la doble militancia, establecieron que quienes hayan resultado electos por un partido o movimiento político deberán pertenecer al mismo mientras mantengan el cargo o investidura para el cual fueron elegidos, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un grupo político distinto, deberán presentar renuncia a la curul al menos 12 meses antes del primer día de inscripciones

Al respecto las normas en comento establecen:

"Artículo 107. Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2009. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

*(…)* 

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones..."

### Lev 1475 de 2011

"Artículo 2°. Prohibición de doble militancia. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

**Parágrafo.** Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia". (Subrayas fuera de texto)

La anterior prohibición está referida al ciudadano que participó por una organización política, y resultó elegido para ocupar una curul en nombre de aquella en una corporación pública de elección popular, con el fin que no milite de forma concurrente en más de un partido o grupo político.

Si desea participar en una elección posterior por un partido o movimiento diferente por el cual resultó elegido, debe presentar renuncia a dicha curul doce (12) meses antes del primer día de inscripción de la candidatura al nuevo cargo al que aspire por elección popular.

En consecuencia, si el Representante a la Cámara aspirara a ser elegido en las elecciones de autoridades territoriales que se llevarán a cabo en el mes de octubre del año 2019, por un partido o movimiento político distinto de aquel en nombre del cual obtuvo su curul, habría tenido que presentar la renuncia doce (12) meses antes del periodo de inscripciones que, según la ley 1475 de 2011, Artículo 30, comienza cuatro meses antes de la fecha de la votación: en este caso, el 27 de junio de 2019.

# iv) Oportunidad para presentar la renuncia, en relación con las inhabilidades e incompatibilidades aplicables

De acuerdo con el análisis realizado en precedencia puede concluirse que, respecto de la prohibición contenida en el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución, el Representante a la Cámara debe renunciar a su curul y la renuncia debe quedar debidamente aceptada antes del 1º de enero del año 2019.

Frente a la inhabilidad por coincidencia de periodos, el Representante a la Cámara debe presentar renuncia a su curul y la misma le debe ser debidamente aceptada, antes de inscribirse como candidato para gobernador, debiendo tener en cuenta que, según el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, "el período de inscripción de candidatos y listas a cargos y corporaciones de elección popular durará un (1) mes y se iniciará cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación".

Finalmente, en lo atinente a la inhabilidad por doble militancia, si el Representante a la Cámara pretendiera ser elegido gobernador por un partido o movimiento político distinto al que respaldo su curul, tendría que haber presentado renuncia a su investidura 12 meses antes del período de inscripciones que, según la ley 1475 de 2011, artículo 30, comienza cuatro meses antes de la fecha de votación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

### La Sala responde:

 ¿Es posible que un actual Representante a la Cámara electo para el período 2018-2022, renuncie a la curul con la finalidad de participar en las elecciones de autoridades territoriales para el período 2020-2024?

Sí es posible que un Representante a la Cámara renuncie a su curul para participar en las elecciones de autoridades territoriales para el período 2020-2024.

De ser posible lo anterior, ¿Cuál sería la fecha límite para renunciar a la curul en la Cámara de Representantes a fin de no incurrir en inhabilidades para las elecciones de autoridades territoriales para el período 2020-2024?

De acuerdo con lo explicado en este concepto, el Congresista tendría que renunciar a su curul, y ser aceptada su renuncia antes del 1 de enero de 2019, siempre que aspire a ser

elegido gobernador por el mismo partido o movimiento político por el cual resultó electo como Representante a la Cámara.

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

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



El Ministerio del Interior consulta a la Sala acerca de la fecha a partir de la cual se cuenta el término de las inhabilidades previstas para los candidatos a gobernadores y alcaldes, en los numerales 3° y 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2° y 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que se desempeñan como ministros, directores de departamentos administrativos, o tienen a su cargo la ordenación del gasto en ese tipo de entidades

#### I. ANTECEDENTES

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

- 1. A pesar de la claridad de los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), que disponen que el ámbito temporal de las inhabilidades establecidas en dichas normas opera "dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección" o "dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección", existen precedentes jurisprudenciales que han realizado una interpretación contraria y, en consecuencia, han motivado el anuncio de renuncias de altos funcionarios del Gobierno nacional con el propósito de no inhabilitarse.
- 2. Así, mediante sentencia de 26 de marzo de 2015, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 11001-03-28-000-2014-00034-00, señaló frente a la interpretación del factor temporal previsto en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política:

"La inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se entenderá configurada desde el día de la inscripción de la candidatura a cargo de elección popular y hasta el día en el que efectivamente se declara la elección" (negrita propia del original)".

3. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario contar con el concepto de la Sala.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio del Interior formula la siguiente PREGUNTA:

1. ¿A partir de qué fecha se cuenta el término de las inhabilidades previstas para candidatos a gobernadores y alcaldes, previstas en los numerales 3º y 5º del artículo 30

de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), respecto de quienes se desempeñen como ministros, directores de departamentos administrativos, o quienes tengan a cargo la ordenación de gasto en este tipo de entidades?

### II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a la pregunta objeto de consulta, la Sala se referirá a las inhabilidades y a la sentencia de la Sección Quinta del 26 de marzo de 2015, radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00, señalada en la consulta.

#### a. Las inhabilidades

En términos generales las inhabilidades han sido definidas como:

"[R]estricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública "437.

Como características de las inhabilidades pueden señalarse las siguientes<sup>438</sup>:

- i) Impiden obtener un empleo u oficio, o continuar en su ejercicio.
- ii) Limitan el acceso a los cargos públicos, de tal suerte que constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político<sup>439</sup>.
- iii) Tienen como propósito asegurar la prevalencia del interés general, mantener el equilibrio en el proceso electoral, evitar el nepotismo e impedir la ocurrencia de presiones o influencias indebidas sobre el electorado con miras a beneficiar a un candidato.
- iv) Son de interpretación restrictiva, y por tanto no susceptibles de aplicación extensiva o analógica.
- v) Son taxativas.

<sup>437</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de julio de 2007. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00046-00(1831). "Las inhabilidades como circunstancias o situaciones particulares definidas previamente y previstas por la Constitución y la ley, que impiden o imposibilitan, que una persona sea elegida, designada, o nombrada en un cargo público. Y que en ciertos eventos, impiden a una persona el ejercicio o desempeño del empleo cuando se encuentre vinculada en el servicio. Tienen por finalidad primordial garantizar la moralidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o que se encuentren ejerciendo un empleo público". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Radicación número: 11001-03-28-000-2003-0014-01(3111). "Las inhabilidades corresponden a una serie de circunstancias personales establecidas por la Constitución Política o la ley que imposibilitan que un ciudadano sea nombrado en un empleo o elegido en un cargo de elección popular, cuyo propósito es garantizar la prevalencia del interés general". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de septiembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-006-2016-00587-01(PI).

<sup>438</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de octubre de 2016. Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00030-00.

<sup>439</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00664-01.

vi) Preservan los principios de moralidad, transparencia, imparcialidad e igualdad<sup>440</sup>.

vii) En los términos del artículo 293 de la Constitución Política, deben ser establecidas por el legislador<sup>441</sup>.

El Congreso de la República promulgó la Ley 617 de 2000<sup>442</sup>, la cual consagró una serie de normas dirigidas a promover la transparencia de la gestión en las entidades territoriales y asegurar que el cumplimiento de las funciones de dichos funcionarios se adelante bajo criterios de interés general, y no con fundamento en intereses particulares<sup>443</sup>.

En esta dirección, la Ley determinó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de juntas administradoras locales.

En relación con las normas objeto del caso en estudio, el artículo 30 consagró en su numeral 3º la siguiente inhabilidad:

"No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

*(…)* 

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Frente a esta, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado:

"Para que se configure la inhabilidad que prevé el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 debe estar acreditado que el elegido ejerció cargo público dentro de los 12 meses anteriores a la elección; que en desarrollo de esa condición ostentó autoridad civil, política, administrativa o militar (para el caso la que se atribuye a la demandada es la administrativa), o que intervino como ordenadora del gasto y que el empleo lo ejerció en la circunscripción donde se efectuó la elección impugnada"444.

<sup>&</sup>quot;Así pues, las inhabilidades son situaciones preexistentes que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior, que buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía del derecho de igualdad de oportunidades". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 21 de febrero de 2013. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00025-01.

<sup>441 &</sup>quot;Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones".

<sup>442 &</sup>quot;Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

<sup>443</sup> Ponencia para primer debate. *Gaceta del Congreso* No. 553 del 15 de diciembre de 1999, pp. 8-9.

<sup>444</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2010. Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00087-03(IJ).

Por su parte, el numeral 5º de la misma disposición establece que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

"5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento".

La inhabilidad del numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 tiene como finalidad evitar que el candidato utilice las prerrogativas o influencias de su pariente, o se beneficie de las personas de su núcleo familiar, de tal manera que se afecte la igualdad que debe existir entre todos los aspirantes. También busca asegurar la transparencia e imparcialidad del proceso electoral<sup>445</sup>. Como elementos configurativos de la inhabilidad, la jurisprudencia ha identificado los siguientes:

- i) Elemento de parentesco o de vínculo: Debe existir parentesco o vínculo por matrimonio, o unión permanente con el funcionario.
- Elemento objetivo o de autoridad: Debe existir un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar.
- iii) Elemento espacial o territorial: El ejercicio de autoridad debió ocurrir en el respectivo departamento.
- iv) Elemento temporal: El funcionario debe haber ejercido la referida autoridad dentro de los doce meses anteriores a la elección<sup>446</sup>.

En términos similares a las señaladas disposiciones, el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por medio del cual se modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, estableció en sus numerales 2º y 4º inhabilidades aplicables a los alcaldes. Así dispone la norma:

"El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

<sup>&</sup>quot;La inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente es una de esas causales que se encuentra vigente como prohibición para el acceso a casi todos los cargos de elección popular. En tal escenario, y aun cuando no se trate de la elección de la persona que detenta y ejerce la autoridad civil, política, administrativa o militar, su propósito es el de evitar que el candidato se valga de las prerrogativas de su pariente so pena de comprometer la igualdad en la contienda electoral, frente a sus contendores (...) En el mismo sentido: "Las causales previstas en los artículos 179-5 de la Constitución Política y 33-5 de la Ley 617 de 2000, que son las que ocupan la atención de la Sala, fueron consagradas con la finalidad de depurar la democracia colombiana, evitando el nepotismo y per se que los servidores investidos de autoridad lo utilizaran para favorecer intereses de personas de su núcleo familiar, con quienes tienen lazos de parentesco en los grados allí señalados, conducta que de no ser prevenida rompería con el principio de imparcialidad, empeñaría el proceso político electoral y comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades de los candidatos para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, inclinando la balanza a favor de sus allegados, facilitando así la propagación de dinastisa electorales familiares". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de mayo de 2013. Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00637-01.

Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

*(…)* 

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

*(...)* 

- 4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio".
- b. Sentencia de la Sección Quinta del 26 de marzo de 2015, radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00

La sentencia del 26 de marzo de 2015 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, categorizada por la Sección como de unificación, y que motivó la realización de la presente consulta, puede resumirse de la siguiente manera:

1. La sentencia decidió la nulidad de la elección de un Representante a la Cámara, por violación del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, disposición que establece:

"No podrán ser congresistas:

*(…)* 

- 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política".
- 2. Se alegaba por los demandantes que el demandado había infringido el régimen de inhabilidades, pues su hermano fungía como alcalde de un municipio 17 días antes de su elección como congresista.

- 3. Al analizar el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política, la Sección consideró:
- i) La Constitución Política no estableció expresamente un factor temporal para el caso de la inhabilidad, a diferencia de lo que sí ocurre con las inhabilidades que aplican a los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales. En estos casos la ley adopta como criterio los 12 meses anteriores a la elección:

"Ocurre que la Carta Política no fijó, por lo menos no expresamente, un factor temporal para que se materialice la inhabilidad; como sí sucede, respecto de la misma causal, frente a gobernadores (Ley 617 de 2000, artículo 30, numeral 5): diputados (Ley 617 de 2000, artículo 33, numeral 5); alcaldes (Ley 617 de 2000, artículo 37, numeral 4) y concejales (Ley 617 de 2000, artículo 43, numeral 4), en los cuales se configura la causal, si los elementos mencionados anteriormente se presentan dentro de los 12 meses anteriores a la elección"<sup>447</sup>.

ii) Ante el vacío existente, la jurisprudencia<sup>448</sup> ha considerado que el familiar debe separarse del cargo a más tardar el día de la elección:

> "Ahora bien, este vacío, referido al elemento temporal de la inhabilidad, se analizó por la jurisprudencia de esta Sección concluyendo que el familiar debe separarse del cargo a más tardar el día de la elección, en consideración a que la conjugación del verbo ejercer, se encuentra en tiempo presente, por lo que se infiere que se refiere a la jornada electoral.

*(…)* 

De lo expuesto, se deduce con meridiana claridad, que la Sección Quinta ha establecido una línea unívoca en lo que refiere a la interpretación del factor temporal del numeral 5º del artículo 179 Superior que es plenamente vinculante para la Sala, so pena de violentar el principio de confianza legítima 449.

iii) A pesar de lo anterior, la Sección Quinta consideró pertinente modificar la regla adoptada<sup>450</sup>, habida cuenta que dicha interpretación: a) desconoce que el proceso electoral no se limita al día de las elecciones, b) ignora que los electores pueden

<sup>447</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 26 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00.

<sup>448</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 22 de marzo de 2007. Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00067-00(4001-4005), Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00119-00(4060-4068), Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 6 de julio de 2009. Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084). Estas sentencias fueron citadas en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 26 de marzo de 2015. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00.

<sup>449</sup> Ibídem.

<sup>&</sup>quot;Pese a lo anterior, la Sala Electoral del Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, coincide con los demandantes, y considera que entender que la inhabilidad se "tipifica" solo cuando el ejercicio de autoridad se realiza el día de las elecciones, le resta eficacia a la disposición Superior como quiera que desconoce postulados básicos del orden constitucional en materia electoral y va en detrimento del fin perseguido por la causal de inhabilidad, esto es, salvaguardar la igualdad y evitar el nepotismo. Lo anterior cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que la legitimación de la democracia colombiana descansa en el proceso electoral y es esa la razón por la cual el constituyente decidió ocuparse directamente de este y de la regulación de la Organización Electoral en el propio texto Superior sin deferirlo al legislador. No puede entonces una imprecisión verbal en nuestra Carta, como pasará a explicarse en detalle más adelante en esta Sentencia de Unificación, convertirse en justificación válida para comprometer la pureza de las elecciones." Ibídem.

verse influenciados de manera directa o indirecta, por el pariente investido de autoridad en el marco de la campaña electoral<sup>451</sup>, c) produce resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, d) está contravía de los principios de transparencia, probidad, y moralidad, e) desnaturaliza el proceso electoral, y f) permite replicar las dinastías familiares y políticas<sup>452</sup>.

- iv) La correcta interpretación del numeral 5º del artículo 179 implica tomar en consideración el elemento teleológico o finalístico de la norma, esto es, asegurar la igualdad de los participantes en el proceso electoral<sup>453</sup>, eliminar el nepotismo y evitar el establecimiento de dinastías familiares<sup>454</sup>.
- v) En virtud de lo anterior, la Sección Quinta señaló que:

"[N]o resulta viable seguir afirmando que la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 se configura únicamente si el pariente de la persona elegida ejerce autoridad el día de las elecciones.

Una vez esbozadas las razones por las cuales debe modificarse la línea jurisprudencial que la Sala electoral ha asentado frente al factor temporal de la inhabilidad contenida en el numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál debe ser entonces la interpretación del factor temporal de la inhabilidad, de forma tal que se alcancen todos los fines propuestos por el Constituyente?

Para dar respuesta a este interrogante, en uso de la interpretación sistemática o armónica antes descrita y con el objetivo de dotar de plena eficacia a la norma constitucional, la Sala estima que la subregla que se deriva de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Superior, es que <u>aquella se entenderá materializada si se ejerce autoridad desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato.</u>

<sup>&</sup>quot;Atendiendo a estas definiciones y a que el juez tiene la obligación de interpretar la ley de forma tal que no se defrauden los principios del sistema, la Sala considera que la hermenéutica que del elemento temporal de la inhabilidad del numera 15º del artículo 179 de la Carta Política se ha adoptado, le resta eficacia al precepto constitucional porque: • Desconoce que el proceso electoral no se limita al día de las elecciones, toda vez que, el resultado de las votaciones es consecuencia de una serie de acciones previas al día de los comicios, en las cuales el aspirante debe "convencer" a los electores de depositar su voto por él. Tan es así que el legislador previó ciertas limitaciones a las campañas electorales con el objeto precisamente de evitar influencias indebidas en la población apta para votar. La interpretación actual ignora que el electorado puede verse influenciado, de manera indirecta o directa, por el pariente investido de autoridad en el marco de la campaña electoral, pues es en este momento en el que pueden realizarse acciones tendientes a modificar la voluntad del electorado, para inducirlo a votar por un candidato determinado. Así las cosas, es evidente que no está en igualdad de condiciones la persona que compite por la curul cuyo pariente detenta autoridad civil o política en la circunscripción electoral a la que se aspira, con la que sin contar con dicho apoyo familiar debe formar su capital electoral propio". Ibidem.

<sup>452 &</sup>quot;La posición vigente permite que haya "un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto. Otorga ventaja a ciertos aspirantes lo cual va en contravía de los principios de transparencia, probidad, moralidad y desnaturaliza el proceso electoral como pilar de la democracia representativa. Permite replicar las dinastías familiares y políticas evitando que la diversidad y pluralidad que el Constituyente buscaba se materialice". Ibídem.

<sup>&</sup>quot;Así las cosas, no se puede desconocer que la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Superior, también fue establecida para garantizar la igualdad de los participantes en el proceso electoral y que la interpretación que hasta ahora se viene replicando va en contravia de la materialización de dicho derecho". Ibídem.

<sup>454 &</sup>quot;Entonces, como argumento para sustentar la modificación de la jurisprudencia actual, se acude a la interpretación finalística, la cual precisa que el fundamento de estas prohibiciones es eliminar el nepotismo y el establecimiento de dinastías familiares, razón por la cual debe preferirse una tesis que responda a los requerimientos planteados por el constituyente". Ibídem.

Esto es así, porque el ejercicio de autoridad civil o política debe entenderse configurado razonablemente <u>dentro del término de las elecciones</u>, <u>es decir, durante el término que dure la campaña y hasta que se declare la elección respectiva.</u>

En efecto, la campaña electoral para cualquier interesado comienza desde el momento mismo en el que se realiza la inscripción de la candidatura ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, pues es ahí y no antes ni después, cuando la sociedad tiene certeza de que aquel se convierte en candidato dentro de la pugna por la conformación del poder público.

De la misma forma, las "elecciones" terminan con la expedición del acto de elección, pues es mediante aquel que el candidato se despoja de dicha calidad y se convierte en miembro de una corporación pública, lo cual en el caso que nos ocupa significa que el candidato se convierte en "congresista" electo y por ello se puede dar plena aplicación a las disposiciones contenidas en el tenor del artículo 179 Constitucional. Igualmente, es de anotar que es desde este momento que empieza a correr el término de 30 días que otorga el CPACA para interponer el medio de control de nulidad electoral.

Así las cosas, es razonable que el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5º del artículo 179 Constitucional se encuentre entre estos dos extremos, pues precisamente, se reitera que, <u>el lapso que delimitan estos dos momentos, abarca todo el período de tiempo en el que trascurre la campaña electoral y en el cual se puede utilizar la autoridad civil o política para favorecer la elección de algún familiar "455.</u> (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Adicionalmente, la nueva interpretación permite garantizar el derecho a la igualdad en materia electoral y realizar los fines perseguidos por la norma, incorpora un término razonable, cierto y determinable, y constituye una interpretación menos gravosa frente al derecho a ser elegido<sup>456</sup>.

Como puede observarse de lo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó como espacio temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, el periodo de tiempo comprendido entre el día

<sup>455</sup> Ibídem.

<sup>&</sup>quot;• La interpretación que hoy se adopta, es la constitucionalmente admisible porque obtiene la misma finalidad de la norma, es decir, garantiza el derecho a la igualdad en materia electoral, lesionando lo menos el derecho a elegir y ser elegido. • Esto adopta más fuerza si se realiza una comparación con otras interpretaciones del factor temporal sugeridas para suplir el vacío del Constituyente, las cuales lesionarían de manera desproporcionada el derecho contenido en el artículo 40 de la Constitución. • Dicho lapso es el que más se adecua a los fines de la disposición, pues dota de plena eficacia al artículo superior, materializando el querer del constituyente pero sin menoscabo del derecho a ser elegido. • Es un plazo razonable en el cual se garantiza la transparencia en materia electoral, la igualdad de los contendores y materializa plenamente el derecho a elegir y ser elegido bajo las condiciones planteadas por el constituyente. • Es el término en el que se lleva a cabo la campaña electoral, lapso durante el cual se evidencia el surgimiento de la inhabilidad y la potencialidad de vulnerar los principios de igualdad y de transparencia del voto. • Es un período de tiempo cierto y determinable lo cual facilita la aplicación de la inhabilidad, pues se determina con toda claridad su campo de acción. Estos razonamientos, de orden constitucional, además de soportar la subregla según la cual la inhabilidad estudiada se materializa desde el día inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato, permite descartar el uso de otras interpretaciones del factor temporal sugeridas por los demandantes y por el Ministerio Público, pues acuñarlas implicaría adoptar una medida demasiado gravosa para el derecho a ser elegido. Esta interpretación materializa la finalidad perseguida por el constituyente, pero restringiendo el derecho a ser elegido, a un mínimo razonable para garantizar los principios de transparencia en la elección ei gualdad en

de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular, hasta el día en el que efectivamente se declara la elección

Ahora bien, es importante señalar que con posterioridad a la decisión del 26 de marzo de 2015, la Sala Plena del Consejo de Estado sostuvo una interpretación diferente frente al factor temporal del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política. Así, en sentencia del 3 de mayo de 2017 indicó:

"Según lo estima el solicitante, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad por él invocada es de un año previo a la fecha de la elección y a ese respecto se refiere al "año inhabilitante". No obstante lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mantiene la tesis de que "para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución", el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones:

"Cuarto requisito: el tiempo durante el cual opera la inhabilidad

Finalmente, en relación con el cuarto y último requisito para que se estructure la causal consagrada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional, esto es, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad, la Jurisprudencia de la Sala ha sido conteste en señalar que si bien la norma constitucional no fija el término dentro del cual opera la prohibición contenida en la causal de inhabilidad en mención, de acuerdo con la composición gramatical debe entenderse que la misma se configura si se acredita que el pariente del Congresista demandado ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones (...)".

*(…)* 

Las razones expuestas hasta aquí permiten concluir que en el sub lite no se reúne la totalidad de los presupuestos de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 C.P., por cuanto el señor NÉSTOR FERNANDO DÍAZ BARRERA no ejerció autoridad civil o política para el día de las elecciones, esto es, para el 9 de marzo de 2014. Recuérdese que su renuncia se aceptó con efectos a partir del 10 de septiembre de 2013<sup>3457</sup>. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

De otra parte, debe resaltarse que la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 26 de marzo de 2015 interpretó una norma diferente a las disposiciones objeto de la consulta. Así, mientras la señalada sentencia se refirió al numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, relativo a los Congresistas, el presente caso se relaciona con los artículos 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, aplicable a los alcaldes y gobernadores. Adicionalmente, mientras la disposición constitucional no se refiere expresamente al espacio temporal de la inhabilidad, las normas de la Ley 617 de 2000 sí

<sup>457</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de mayo de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI).

abordan dicho factor al señalar que la misma tiene lugar durante los 12 meses anteriores a la "elección" o "fecha de la elección".

#### c. El caso concreto

A juicio de la Sala, el término de las inhabilidades consagradas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, comienza a regir doce (12) meses antes del día de la elección, entendida esta como el día en el cual se realizan las votaciones.

Esta afirmación encuentra sustento en los siguientes argumentos:

i) El legislador estableció de forma clara y expresa el ámbito temporal de las inhabilidades consagradas en los numerales 3° y 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y 2° y 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, indicando que estas tienen lugar "dentro de los doce (12) meses anteriores" a la "elección" o a la "fecha de la elección".

Por lo tanto, atendiendo la claridad de la norma y siguiendo el aforismo que señala que cuando el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete, no existe duda de que el ámbito temporal de las referidas inhabilidades inicia doce (12) meses antes a la fecha de la elección.

- ii) Los términos "elección" y "fecha de la elección" al que se refieren las disposiciones estudiadas corresponden al día en que se celebrarán los comicios electorales. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:
- a El acto que declara la elección, como se desprende de su propia naturaleza, no es constitutivo, sino simplemente declarativo de la elección. Así, en decisión del 16 de junio 2009, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sostuvo:

"En Colombia, el proceso administrativo electoral está compuesto por varios actos, algunos de ellos actos administrativos, como sucede con el acto preparatorio de inscripción, con el cual se da inicio al procedimiento o el acto de declaratoria de elección que culmina el mismo, sin embargo, no son estos los únicos que hacen parte del procedimiento, pues asimismo forman parte de éste, el acto de apertura de las urnas, el sufragio, los actos de escrutinio, los actos que resuelven las reclamaciones e inconsistencias, etc., los cuales hacen parte del proceso de elección.

Por supuesto, el sufragio tiene distinta connotación a la elección y, éstos, a su vez, difieren del acto de declaratoria de elección.

En efecto, el sufragio o voto es el instrumento democrático a través del cual los ciudadanos manifiestan de manera **individual** su voluntad política, bien sea en la **elección** de los gobernantes o de los representantes de la colectividad ante

las Corporaciones Públicas de elección popular o en la adopción de decisiones a través de los distintos mecanismos de participación ciudadana previstos por el ordenamiento jurídico, de manera que el sufragio, en nuestro sistema está concebido como un derecho y un deber ciudadano que puede tener función electoral o no.

La elección popular, por su parte, es el mecanismo que en el régimen democráticose sigue para la **escogencia** de los gobernantes y de los representantes a las Corporaciones Públicas, la cual surge de la expresión **conjunta** de la ciudadanía, en quien reside, en nuestro sistema electoral, **exclusivamente** y de manera directa tal facultad, inferencia que se extrae de la hermenéutica que informa los artículos 40.1, 258, 260 y 263 de la Constitución Política.

Con fundamento en lo anterior se puede inferir que el acto administrativo que profiere la autoridad electoral, en virtud del mandato contenido por el numeral 7 del artículo 265 de la Constitución, como su denominación lo indica, tiene efectos puramente declarativos, porque se limita a reconocer la expresión de la voluntad política del electorado, manifestada a través del sufragio, proclamando la elección del candidato o los candidatos escogidos por la ciudadanía, al culminar el proceso electoral desarrollado conforme a lo previsto por el ordenamiento jurídico, de manera que la concepción del actor no se compadece con la naturaleza y el efecto jurídico de dicho acto administrativo, en cuanto sostiene que la elección se produce en el momento en que el órgano electoral efectúa la declaración en tal sentido. Tal interpretación equivale a afirmar que el acto que declara la elección tiene efectos constitutivos, esto es, efectos creadores de la situación jurídica del candidato electo que, dicho en otros términos, se traduce en aseverar que el órgano electoral es quien elige a los gobernantes y a los representantes de la colectividad ante las Corporaciones Públicas de designación popular, dejando de lado la noción del régimen político democrático que denota la organización del Estado Social de Derecho, en los términos del artículo 1º de la Constitución, donde el sujeto titular del poder político es el pueblo, principio dogmático que orienta la hermenéutica de las cláusulas constitucionales atinentes al poder político"458.

# Igualmente, en otra oportunidad se indicó:

<u>"[E]s al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho</u> así el acto administrativo que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones..."<sup>459</sup>. (Subrayas fuera del texto).

<sup>458</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de junio de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00291-00(PI).

<sup>459</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 22 de marzo de 2007. Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00067-00(4001-4005). Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de noviembre de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00515-00(PI).

b) Desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la inhabilidad, esto es, evitar que se presenten situaciones dirigidas a constreñir o influir indebidamente en la ciudadanía durante el periodo electoral, la interpretación más acorde al término "elección" es aquella que lo entiende circunscrito al día en que se realizan las votaciones. En esta dirección se ha señalado:

"No debe olvidarse que la causal de inhabilidad a que se ha hecho referencia, está dispuesta, reitera la Sala, para impedir que los factores de poder del Estado sean utilizados por quien los detenta para influir o constreñir a la ciudadanía con fines electorales, de suerte que, realizadas las votaciones, desaparece cualquier posibilidad de ejercer influencia indebida en el electorado para sacar provecho del ejercicio de la autoridad o del poder del cual se halla revestido con el fin de salir electo, pues la causal, sin duda, busca rodear de garantías el proceso electoral asegurando el ejercicio libre del voto, en condiciones de transparencia, por ende, no es de recibo el argumento esgrimido por el actor atinente a que la causal esté concebida para impedir que los factores de poder a que se ha hecho alusión, puedan utilizarse para incidir en "... los miembros de las comisiones escrutadoras (...) y en los funcionarios que se encargan de sistematizar los resultados...", pues la situación hipotética expuesta no se ajusta a la noción deontológica que informa las causales de inhabilidad contenidas en el artículo 179 de la Constitución, como quedó expuesto en precedencia, por el contrario, se trata de una hipótesis de conducta irregular, cuya ocurrencia se produce con posterioridad a la fecha de la elección, de manera que, de presentarse tal situación, daría lugar al ejercicio de la acción prevista en el artículo 227 del Código Contencioso Administrativo, bajo la aducción de alguna de las causales previstas por el artículo 223 ibídem"460.

c) Considerar que el término "elección" debe entenderse como la fecha en la cual la autoridad electoral declara la elección, afectaría gravemente la seguridad jurídica de las personas y la realización de su derecho fundamental a ser elegidas, pues estas no podrían saber con exactitud el día en que deben abandonar su cargo con el propósito de no quedar incursas en la inhabilidad, habida cuenta que les sería imposible conocer la fecha en que la autoridad electoral declarará la elección. En esta dirección se ha señalado:

"A más de lo anterior, si el sentido de la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, fuera el sugerido por el actor, existiría completa incertidumbre para el aspirante respecto de la fecha en la cual debe abandonar la actividad que, a la postre, podría impedirle ser elegido Congresista o generarle una potencial inhabilidad para posesionarse en el cargo, en el caso de los "llamados" porque, de una parte, resultaría imposible para el candidato conocer con certeza la fecha en la cual el organismo electoral expedirá el acto administrativo que declarará la elección y, de otra parte, porque no se podría dejar

<sup>460</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de junio de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00291-00(PI).

en manos del organismo electoral la determinación del interregno temporal que comprende inhabilidad"<sup>461</sup>.

Asimismo, no puede perderse de vista que al constituir la inhabilidad una restricción a un derecho fundamental, es necesario que sus elementos configurativos sean claramente conocidos por los ciudadanos.

- d) Bajo la interpretación del principio "pro libertate", frente a dos posibles interpretaciones de una norma en materia de inhabilidades debe adoptarse aquella que limita en menor extensión los derechos fundamentales. Dentro de este marco, y atendiendo lo señalado en el literal anterior, la interpretación que afecta en menor proporción el derecho de un ciudadano a ser elegido, es aquella que entiende el término elección como referido al día en que se adelantan los comicios electorales<sup>462</sup>.
- e) El día de las votaciones ha sido un criterio adoptado en múltiples decisiones del Consejo de Estado, tanto de forma anterior como posterior al 26 de marzo de 2015.
   Así, además de la ya referida sentencia de la Sala Plena del 3 de mayo de 2017, pueden señalarse las siguientes:
- 1) En decisión del 16 de junio de 2009, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo analizó los numerales 2º y 3º del artículo 179 de la Constitución Política, los cuales disponen:

"No podrán ser congresistas:

*(…)* 

- 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, <u>dentro de los doce meses anteriores a la</u> fecha de la elección.
- 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, <u>dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección</u>". (Subrayas fuera del texto).

El demandante alegaba que el término "elección" debía entenderse como el momento en el cual ocurría la declaratoria de la elección por parte del organismo electoral. Sin em-

<sup>461</sup> Ibídem.

<sup>&</sup>quot;Las inhabilidades además configuran una excepción del principio general de la igualdad y es el acceso a los cargos públicos, que no solo está expresamente consagrada por la Constitución Política (artículos 3 y 40). Y por su naturaleza excepcional deben ser interpretadas restrictivamente para no convertir la excepción en regla general. Por consiguiente y en aplicación del principio pro libertate entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma, que regula una inhabilidad se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Radicación número: 11001-03-28-000-2003-0014-01(3111). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 1998, C-147/98.

bargo, la Sala no acogió dicho argumento al considerar que la fecha de la elección era la fecha de las votaciones. En esta dirección se indicó:

"En efecto, el ejercicio dialéctico realizado por el actor consiste, en primer lugar, en demostrar que cuando la norma constitucional se refiere al término "elección", alude a la "declaratoria" que en tal sentido emite el respectivo organismo electoral a través de un acto administrativo y no a las votaciones como acto material de acudir a las urnas a ejercer el derecho del sufragio, porque este último sólo genera una "expectativa" de resultar finalmente elegido.

*(…)* 

La Sala no comparte los argumentos esgrimidos por el actor, por las siguientes razones:

*(…)* 

La correcta interpretación de la causal consignada en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, implica que el empleo público de las características señaladas en la norma, se haya ejercido dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección que, de acuerdo con las precisiones anotadas, coincide con la fecha de los comicios electorales <sup>3463</sup>

 Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil señaló en concepto del 30 de abril de 2015:

"En consecuencia, para los alcaldes municipales elegidos para el periodo constitucional 2012 – 2015 interesados en aspirar al cargo de Gobernador de Departamento de la circunscripción territorial a la que pertenece el municipio para el periodo constitucional 2016 – 2019, su renuncia debió haber sido aceptada antes del **25 de octubre de 2014**, considerando que la próxima elección de gobernadores se realizará el 25 de octubre de 2015"<sup>464</sup>.

3) La Sección Primera al estudiar la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000<sup>465</sup> señaló:

"Que **resultó elegida** como Diputada de la Asamblea del Tolima en los comicios electorales celebrados el **25 de octubre de 2015**, conforme da cuenta el formulario E26-ASA de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que contiene el resultado del escrutinio departamental.

<sup>463</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de junio de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00291-00(Pl).

<sup>464</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00058-00 (2251)

<sup>465 &</sup>quot;No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...) 3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento".

A partir de esta constatación y siguiendo lo expresado en torno a los presupuestos legales exigidos para la configuración de la causal de inhabilidad estudiada y a la aplicación e interpretación restrictiva de la norma que la consagra, es claro para la Sala que en este asunto no se puede afirmar que la demandada haya incurrido en ella, toda vez que entre la fecha en que se retiró de la administración departamental (30 de septiembre de 2014) y la **fecha de su elección** como Diputada a la Asamblea del Tolima (25 de octubre de 2015), externo temporal final de la inhabilidad, trascurrió un lapso superior a doce (12) meses, de tal suerte que no se vulneró lo dispuesto en el artículo 33 numeral 3º de la Ley 617. Al no estructurarse este elemento de la causal de inhabilidad alegada resulta innecesario examinar los demás elementos que la configuran<sup>7466</sup>. (Subrayas fuera del texto).

4) La misma Sección Primera al analizar la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000<sup>467</sup>, concluyó:

"Está probado, entonces, que el demandado ostentó la condición de empleado público entre el 20 de agosto de 2010 hasta el 21 de agosto de 2015 (fecha en la que le fue aceptada su renuncia), esto es, dentro del año anterior a las elecciones para elegir a los Concejales del Municipio de Florencia (Caquetá) para el período 2016-2019, que se realizaron el 25 de octubre de 2015. No sobra advertir que el término inhabilitante corrió, en el presente caso, desde el 25 de octubre de 2014 hasta el citado 25 de octubre de 2015 "468". (Subrayas fuera del texto).

5) En un caso en el cual se analizó el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994<sup>469</sup>, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, la Sección Quinta consideró:

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de septiembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-006-2016-00587-01(Pl). En otra oportunidad señaló: "Revisado el expediente, estima la Sala que en el caso sub examine no concurren los supuestos que exige la norma para que se configure la causal de inhabilidad allí indicada, toda vez que los Contratos 1932 de 22 de octubre de 2013 y 1178 de 30 de diciembre de 2013 no fueron celebrados durante el año anterior a la elección como concejal, vale decir, dentro del período inhabilitante, teniendo en cuenta que las elecciones en las cuales resultó electo como Concejal del Municipio de Alvarado (Tolima), para el período constitucional 2016-2019, se realizaron el 25 de octubre de 2015; el período inhabilitante estaría comprendido entre el 25 de octubre de 2014 al 25 de octubre de 2015 y los citados contratos fueron celebrados con posterioridad a dicho período inhabilitante". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 2 de agosto de 2017. Radicación número: 73001-23-33-005-2016-00620-01(Pl).

<sup>467 &</sup>quot;2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de julio de 2017. Radicación número: 18001-23-40-004-2017-00014-01(Pl). "En otra oportunidad la misma Sala indicó: Renunció a dicho empleo público el día 15 de abril de 2015 y le fue aceptada la misma el día 16 de abril de 2015, a través de Resolución núm. 176 de 2015 (folio 252 a 253), día hasta el cual estuvo vinculada en la Institución Universitaria Bellas Artes y Ciencias de Bolívar, es decir, que al haber transcurrido los doce (12) meses inhabilitantes entre el 25 de octubre de 2015 (fecha de realización de las elecciones locales) y el 25 de octubre de 2014, es evidente que la demandada sí fungió como empleada pública durante el período censurado por la norma dentro del Distrito de Cartagena de Indias". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de julio de 2017. Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00089-01(Pl). "Para ello se advierte que los hechos relacionados con la presente solicitud de pérdida de investidura giran en torno a la elección del demandado como Concejal del Municipio de Bucaramanga (Santander) para el período constitucional 2016-2019, por lo que el año anterior a la elección transcurrió entre el 25 de octubre de 2015 (fecha de realización de las elecciones locales) y el 25 de octubre de 2014 (un año antes)". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01326-01(Pl).

<sup>&</sup>quot;3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito". Ley 136 de 1994, artículo 43, numeral 3º.

"Como se explicó, para determinar el lapso temporal de la inhabilidad es necesario contar un año hacia atrás tomando como punto de referencia el día de la elección. Teniendo en cuenta que las elecciones para autoridades territoriales en Colombia se llevaron a cabo el día 25 de octubre de 2015, el periodo inhabilitante para el demandado transcurrió entre el 25 de octubre de 2014 y el 25 de octubre de 2015. Al respecto se encuentra acreditado que el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre el demandado y la Universidad Francisco de Paula Santander se suscribió por fuera del periodo inhabilitante, comoquiera que aquel fue celebrado el 9 de julio de 2014, esto es, unos meses antes del lapso que la ley previó como configurativo de la inhabilidad" (Subrayas fuera del texto).

Dentro de este marco, el ámbito temporal de las inhabilidades establecidas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, se determina de la siguiente manera: i) debe establecerse la fecha de las votaciones para elegir alcaldes y gobernadores, ii) teniendo como punto de referencia este día, se cuentan hacia atrás doce (12) meses, y iii) el día que resulta de dicho ejercicio, es el día en el que inicia el término de las referidas inhabilidades. A manera de ejemplo, si las elecciones se realizaran el 29 de julio de 2019, el periodo inhabilitante iniciaría el 29 de julio de 2018, es decir, el mismo día calendario del año anterior.

En conclusión, atendiendo lo dispuesto expresamente por el legislador, la naturaleza jurídica de la declaración de la elección, la finalidad perseguida por las inhabilidades, la efectiva realización del derecho a ser elegido, la protección del principio de seguridad jurídica, el principio "pro libertate", y la jurisprudencia del Consejo de Estado, es dable afirmar que las citadas inhabilidades comienzan a regir doce (12) meses antes del día de la elección, entendida esta como el día en el cual se realizan las votaciones.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

# La Sala responde:

1. ¿A partir de qué fecha se cuenta el término de las inhabilidades previstas para candidatos a gobernadores y alcaldes, previstas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), respecto de quienes se desempeñen como ministros, directores de departamentos administrativos, o quienes tengan a cargo la ordenación de gasto en este tipo de entidades?

<sup>470</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 14 de julio de 2016. Radicación número: 54000-23-23-000-2015-00509-01. En otro caso la Sección primera determinó: "En el caso sub examine, las pruebas allegadas demuestran que el demandado intervino en la celebración del contrato o convenio con el municipio, en interés de terceros, el cual debía ejecutarse en el municipio de Abejorral, donde el demandado fue elegido concejal y se celebró dentro del año inmediatamente anterior a su elección como concejal, como quiera que las elecciones se realizaron el 26 de octubre de 2015 y el contrato fue firmado el 28 de noviembre de 2014. Así las cosas, siendo la conducta del demandado subsumible en la inhabilidad comentada y no corresponder a ninguna de las excepciones a dicha inhabilidad, es inevitable concluir que incurrió en la causal de pérdida de la investidura que le fue atribuida, esto es, haber intervenido dentro del año anterior a la elección en la celebración de contrato con entidades públicas de cualquier nivel, en interés propio o de terceros, que debían ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, como en efecto ocurrio con este caso". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de agosto de 2011. Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00280-01[P]).

Las inhabilidades establecidas en los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y los numerales 2º y 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en relación a quienes se desempeñan como ministros, directores de departamentos administrativos, o tienen a su cargo la ordenación de gasto en esta clase de órganos, comienzan a regir doce (12) meses antes del día de la elección, entendida esta como el día en el cual se realizan las votaciones, de conformidad con las consideraciones vertidas en este concepto.

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

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

## 5. Elección de miembros del Consejo Nacional Electoral. Convocatoria pública.

#### Radicado 2398

Fecha: 28/08/2018

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. OFI 18-33791 OAJ-1400 del 28 de

agosto de 2018

La señora Ministra del Interior consulta sobre la necesidad de adelantar una convocatoria pública para la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y el procedimiento para la verificación de requisitos.

#### I. ANTECEDENTES

Explica la Ministra que algunos congresistas tienen la preocupación de que con la entrada en vigencia de la Ley 1904 de 2018 se haría necesario surtir previamente una convocatoria pública para elegir los miembros del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a las reglas contenidas en el artículo 126 de la Constitución Política y en el parágrafo transitorio el artículo 12 de la señalada ley.

También anota que es necesario aclarar a quién le corresponde verificar el cumplimento de los requisitos para la elección.

Así las cosas, formula las siguientes PREGUNTAS:

"1. ¿Para elegir a los miembros del CNE se debe surtir previamente una convocatoria pública de acuerdo con las reglas dispuestas en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, en virtud de lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política, o se debe proceder a elegir directamente entre los candidatos postulados por los partidos políticos conforme al sistema de cifra repartidora y el procedimiento contemplado en el artículo 264 ibídem?

2 ¿El Congreso en pleno ostenta competencia para la verificación de requisitos y calidades de los candidatos del CNE? y en el evento de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿en qué etapa del proceso de elección se debe adelantar dicho trámite?"

#### II. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) el artículo 126 de la Constitución Política, ii) la elección del Consejo Nacional Electoral tiene una regulación constitucional especial, iii) la conformación de listas de candidatos al Consejo Nacional Electoral es un asunto interno de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, iv) la Ley 1904 de 2018 no es aplicable al proceso de elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y v) las comisiones de acreditación del Congreso.

### A. El artículo 126 de la Constitución Política

El artículo 126 de la Carta fue modificado por el Acto Legislativo 2 de 2015 "por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones" y su texto vigente es el siguiente:

"Artículo 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercido de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil".

En la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo para reformar el equilibrio de poderes, al que le correspondió el número 18 de 2014 - Senado-, se indica que una de las propuestas del Gobierno nacional fue la de establecer como regla general procedimientos que garanticen transparencia, objetividad y publicidad a la postulación y elección de los candidatos a los órganos de control.

En consecuencia planteó la necesidad de introducir modificaciones a la elección del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la República, así:

"Con la finalidad de reestablecer los equilibrios, fortalecer la función de control del Estado, y para dar independencia y solidez en las decisiones soberanas del Congreso

de la República, se propone implementar nuevos esquemas de selección de las personas que van a ocupar los más altos cargos de los organismos de Control del Estado.

En primera medida se dispone que, el Contralor General de la República, en calidad de guarda del erario, sea escogido de una convocatoria pública, general y transparente que se hará con la finalidad de definir un número indeterminado de candidatos a ocupar dicha dignidad, así las cosas, será el Congreso quien elija al Contralor General de la República, mediante un mecanismo prístino y coherente con las funciones de representación ciudadana que le atañen.

Por otra parte, también se modifica la forma de designación del Procurador General de la Nación, dejando en manos del Presidente de la República la postulación de la terna, de la cual el Senado se servirá para elegir el ciudadano que desempeña las funciones de cabeza del Ministerio Público.

Lo anterior es coherente con el hecho de que la Procuraduría debe ejercer el control disciplinario administrativo del Estado y, por ello, el Presidente, como máxima autoridad administrativa es a quien naturalmente le corresponde intervenir para garantizar que sus políticas públicas se materialicen de forma efectiva y transparente".

Ninguna consideración específica aparece en relación con el que posteriormente sería el inciso cuarto del artículo 126 constitucional.

Por su parte la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2018<sup>471</sup> al interpretar el artículo 126 ibídem, en lo atinente a la exigencia de convocatoria pública contenida en el inciso cuarto, señaló:

"(...) se confirma que la reforma del artículo 126 C.P. fue uno de los aspectos axiales del A. L. 02 de 2015, norma que, como ya se indicó, se introdujo en el artículo 2º **con el sentido general** de sujetar el nombramiento, la postulación y designación de servidores públicos –**a cargo de corporaciones públicas**– a un conjunto de exigencias dirigidas a frenar el nepotismo, la devolución de favores, tanto como a garantizar elecciones precedidas de **convocatoria pública reglada por el legislador**, acorde con requerimientos específicos de publicidad, trasparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito –se destaca–.

Dicho de otra manera, el artículo 126 C.P. incluye una regla imperativa que deberá aplicarse en toda y cualquier elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas. Se trata de un precepto de carácter general que busca garantizar principios constitucionales de primer orden para el ejercicio de la función pública".

Lo expuesto permite concluir que la necesidad de que las elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas estén precedidas de una convocatoria

<sup>471</sup> Expediente: 1100103-24-000-2016-00480-00 Acumulado con los Exp. 2016-00476 y 2016-00936

pública reglada por la ley es una regla general que cede a la especialidad de otra norma también de rango constitucional. En este caso, el artículo 264 de la constitución.

En estos términos, la consulta planteada por el Gobierno parece sugerir la existencia de una antinomia constitucional entre lo dispuesto en los artículos 126, que ordena la realización de una convocatoria pública previa a las elecciones de los servidores públicos hechas por las corporaciones públicas, y 264, que establece unas reglas especiales para la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, según ha sido establecido de manera pacífica por la jurisprudencia constitucional, en atención a que el texto superior es un cuerpo armónico de normas congruentes, no es dable reconocer la existencia de antinomias dentro de la Constitución<sup>472</sup>. Cualquier enfrentamiento normativo entre sus preceptos es, por tal razón, meramente aparente, por lo que corresponde a los operadores jurídicos encontrar las soluciones hermenéuticas que hagan compatibles las normas supuestamente enfrentadas.

El *principio de armonización* es el instrumento ideado por la Corte Constitucional para lograr la conciliación de las normas superiores aparentemente opuestas. Sobre el particular, en la sentencia C-084 de 2016, dicho tribunal manifestó lo siguiente:

Los valores y principios fundamentales son normas que orientan la producción, aplicación e interpretación de las demás normas, determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento constitucional, y en caso de conflicto entre los distintos valores o principios superiores, **el intérprete debe acudir a la ponderación de los mismos a fin de lograr su máxima efectividad.** 

102. Conforme a ello, estima la Corte necesario llevar a cabo una labor de interpretación, aplicando el criterio de armonización, que ponderando los distintos principios constitucionales implicados en el presente asunto, maximice su efectividad a la hora de aplicar las normas acusadas, a fin de fijar cuál es la interpretación que permita que al ser aplicadas se equilibre y armonice la aplicación de todos los principios constitucionales implicados en ellas (énfasis fuera de texto).

De conformidad con este planteamiento, corresponde a los operadores jurídicos interpretar la Constitución de manera que sus preceptos tengan la más amplia eficacia normativa y consigan una plena realización de sus efectos jurídicos. En el caso concreto, *el criterio de especialidad*—en virtud del cual es posible conciliar normas contrapuestas mediante el establecimiento de reglas generales y excepciones—, permite solventar el aparente enfrentamiento entre las normas superiores. Al hacer uso de esta directriz al caso planteado a la Sala, se concluye que el artículo 126 contiene una regla general, que debe ser aplicada en todos los casos en los que, a diferencia de lo que ocurre en esta oportunidad, no exista un precepto especial para el correspondiente proceso de elección.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre precep-

<sup>472</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001.

tos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior.<sup>473</sup>

# B. La elección del Consejo Nacional Electoral tiene una regulación constitucional especial

El artículo 264 de la Constitución Política dispone:

"Artículo 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo. La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año.

En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses".

El Consejo Nacional Electoral junto con la Registraduría Nacional del Estado Civil hace parte de la Organización Electoral, encargada de la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, y lo relativo a la identidad de las personas.

Su régimen dictado al amparo de la Constitución Política de 1886 hasta la Carta Fundamental que actualmente nos rige ha previsto que el Consejo Nacional Electoral ha tenido y conserva un origen y una composición eminentemente política.

De allí se ha inferido que aunque la integración del Consejo Nacional Electoral en la actualidad no tiene que reflejar directa y necesariamente la composición política del Congreso, sí refleja o representa la composición de las fuerzas políticas electorales del país, al momento de su elección.

Así también lo entiende la Sección Quinta de esta Corporación al decir:

### "4.1. El origen político del Consejo Nacional Electoral

El Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), es un organismo dotado de autonomía administrativa y financiera con origen en la propia Constitución Política...

<sup>473</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-439 de 2016, C-451 de 2015 y C-

Para los efectos del presente fallo, la Sala entrará a hacer una revisión del origen de la entidad y de la naturaleza de las funciones que ejerce, con el fin de determinar, a su vez, el contenido político que reviste el acto de la elección de sus miembros.

*(…)* 

Bajo estos presupuestos, se colige que <u>el cambio constitucional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2003, obedeció a la necesidad de que los partidos políticos se encuentren representados dentro del CNE, garantizando un equilibrio político al momento de decidir los asuntos propios de su competencia, con la posibilidad de que las minorías partidistas tengan participación y representación en una organismo que aborda y decide temas relevantes para su organización y, por ende, para la democracia misma del país.</u>

Ahora bien, <u>esta necesidad de representación de los partidos políticos y la posibilidad de inclusión de las minorías en su composición, surge prioritaria, en virtud a las funciones desarrolladas por el CNE</u>, de ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados, así como reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.

Si bien, estas funciones son en estricto sentido funciones administrativas, <u>su ejercicio</u> inevitablemente genera consecuencias de carácter político en la organización interna de los partidos y de contera en la legitimidad de las decisiones del pueblo. <u>Es por ello fundamental la garantía de representación de los partidos políticos insistentemente señalada, a fin de garantizar el cumplimiento del espíritu y el sentido de las normas constitucionales.</u>

Corolario de lo anterior, teniendo presente <u>que en el CNE confluyen las diferentes</u> fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático, organizadas por bancadas, y que las decisiones administrativas de este órgano tienen trascendencia importante dentro de la estructura de los partidos y movimientos políticos, <u>no puede concluirse en forma diferente a que el origen de esta institución es eminentemente político</u>. (...)".474 (Resalta la Sala).

Posteriormente, la sección Quinta de la Corporación enfatiza en que:

"El Acto Legislativo No. 01 de 2003, introdujo un marco normativo encaminado a fortalecer la democracia colombiana y el régimen de partidos en que se estructura, modificó la forma de integración del CNE, estableciendo que sus miembros **serán elegidos por el Congreso de la República en pleno**, de listas de candidatos presentadas por los partidos y los movimientos políticos con personería jurídica. En el CNE confluyen las diferentes fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático debido a que ello garantiza un equilibrio político al momento de decidir los asuntos propios de su competencia, con la posibilidad de que las minorías partidistas tengan participación y representación en un organismo que aborda y decide temas relevantes para su organización y, por ende, para la democracia misma del país<sup>475</sup>.

Ahora bien, de manera coherente con su naturaleza política, el constituyente estableció que los miembros del CNE serían elegidos para "un **período institucional de cuatro (4) años"**, dado que el **origen de esta institución es eminentemente político** y el órgano legislativo tiene este mismo periodo.

En este orden, dada la Estructura del Estado colombiano, la finalidad del artículo 264 Superior, al establecer el periodo como institucional y no personal, es que este coincida con el de su elector, esto es, con el del Congreso de la República, finalidad que se justifica si se toma en cuenta que los partidos políticos se encuentran representados dentro del CNE, justamente, por el origen netamente político de este último".<sup>476</sup> (Resaltado original)

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que el Consejo Nacional Electoral ostenta un evidente carácter político, no solo por su conformación, sino también por la naturaleza de las funciones que el texto constitucional le ha encomendado. Sobre el particular, en la sentencia C-230A de 2008, el tribunal manifestó lo siguiente:

En el artículo 265 superior se le asignaron funciones relativas a los escrutinios, la declaratoria de elección y la expedición de las correspondientes credenciales, así como tareas referentes a los partidos y movimientos políticos, publicidad, encuestas de opinión, derechos de la oposición minorías, financiamiento de campañas electorales, personería jurídica y funcionamiento de partidos y movimientos políticos entre otras cuestiones. En las funciones del Consejo Nacional Electoral se advierte un carácter político que se acentúa cuando se aprecian las competencias que debe ejercer en relación con los partidos y movimientos políticos o respecto de la oposición y de las minorías (énfasis fuera de texto).

Para garantizar la representación de las fuerzas políticas, la Constitución remite a la cifra repartidora como mecanismo de elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, sistema que opera así:

**"Artículo 263.** Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley.

<sup>475</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 6 de octubre de 2011. Expediente: 11001-03-28-000-2010-00120-00.

<sup>476</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 20 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00006-00.

La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cuociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cuociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria.

Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda".

De la consagración misma del sistema se aprecia que para el cálculo y aplicación de la cifra repartidora se requiere necesariamente la existencia de listas de candidatos o postulados, pues i) aquella cifra "resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer" y, ii) "cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos"

En tal virtud, la relación cifra repartidora-listas es inescindible. Es menester anotar que las listas de candidatos al CNE no son conformadas por el órgano elector –Congreso de la República–, ni siquiera por otra entidad del Estado; son conformadas y presentadas directamente por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

# C. La conformación de listas de candidatos al Consejo Nacional Electoral es un asunto interno de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica

El régimen constitucional de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica se encuentra previsto en los artículos 107 y 108 de la Carta y tienen "como denominador común el reconocimiento de espacios específicos de regulación, como herramienta jurídica para asegurar sus finalidades dentro de la democracia participativa"<sup>477</sup>.

De allí que el artículo 7 de la Ley Estatutaria 130 de 1994 establezca que la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos se regirá por lo establecido en sus propios estatutos.

Desde luego que como lo anota la Corte Constitucional, resulta admisible que el legislador estatutario determine que los estatutos de los partidos y movimientos contengan

<sup>477</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011.

estipulaciones que garanticen los principios rectores de transparencia, objetividad, moralidad y equidad de género.

Dicho esto se advierte que la conformación y postulación de listas es una decisión interna de los partidos y movimientos conforme a sus estatutos.

# D. La Ley 1904 de 2018 no es aplicable al proceso de elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral

La Ley 1904 de 2018 "[p]or la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República" está conformada por 13 artículos.

Para efectos de absolver la consulta se destacan los siguientes:

**"Artículo 2º.** La Convocatoria Pública previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República en pleno, deberá cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en esta ley, que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

El Contralor no podrá ser reelegido, ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del periodo.

**Artículo 3º. Elección del Contralor General de la República.** De una lista de diez (10) elegibles previamente seleccionados por la Comisión definida por esta ley el Congreso elegirá al Contralor General de la República en el primer mes de las sesiones ordinarias, por mayoría absoluta de los votos de sus miembros y para un período institucional igual al del Presidente de la República.

**Parágrafo 1.** En caso de que ninguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta se realizará una segunda votación entre los dos candidatos que obtuvieron las más altas votaciones.

**Parágrafo 2.** La lista de elegibles en lo posible respetará los criterios de equidad de género.

*(…)* 

**Artículo 5º.** La Convocatoria Pública se hará por conducto de la Mesa Directiva del Congreso de la República, a la cual se faculta para seleccionar en el acto de convocatoria a una institución de educación superior, pública o privada y con acreditación de alta calidad, con quien se deberá suscribir contrato o convenio a fin de adelantar una convocatoria pública con quienes aspiren a ocupar el cargo.

**Artículo 6º. Etapas del proceso de selección.** El proceso para la elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:

- 1. La convocatoria.
- 2. La inscripción.
- 3. Lista de elegidos.
- 4. Pruebas.
- 5. Criterios de selección.
- 6. Fntrevista.
- 7. La conformación de la lista de seleccionados, y
- 8. Flección.
- 1. Convocatoria. Entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elección del Contralor General de la República. Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la República, en un término no inferior a dos meses previos al inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del año en que inicia también el periodo constitucional del Presidente de la República.

En la misma se designará la entidad encargada de adelantar la convocatoria pública y deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) los factores que habrán de evaluarse;
- b) los criterios de ponderación que aseguren el acceso en igualdad de oportunidades a los aspirantes;
- c) fecha de fijación, lugar, fecha y hora de inscripción y término para la misma;
- d) fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos;
- e) fecha, hora y lugar de las pruebas de conocimiento;
- f) trámite de reclamaciones y recursos procedentes;
- g) fecha, hora y lugar de la entrevista;
- h) fecha de publicación de los resultados de la selección y fecha de la elección;

i) los demás aspectos que se estimen pertinentes, que tengan relación con el proceso de selección y aseguren la eficacia del mismo.

La Mesa Directiva del Congreso de la República quedará facultada para adelantar las acciones administrativas y presupuestales para asegurar la designación de la institución de educación superior en mención.

La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso de selección y obliga tanto a la administración, como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento de la convocatoria pública, las etapas que deben surtirse y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La divulgación de la convocatoria será responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de la República y podrán emplearse los medios previstos en el artículo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mínimo deberá publicarse en la página web de cada una de las Cámaras, garantizando el acceso permanente a la información.

2. Inscripción. En esta etapa serán registrados los aspirantes al cargo de Contralor General de la República que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y en esta ley, debiendo acompañar la hoja de vida junto con los soportes y acreditaciones de estudios y experiencia y los demás anexos, en la forma, términos y condiciones previstos en la convocatoria.

La publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones, al vencimiento del término de inscripción serán rechazadas, devueltas y no serán valoradas, para ningún efecto, las hojas de vida, anexos o cualquier otro documento que se aporte de manera extemporánea.

3. Lista de admitidos a la convocatoria pública. Cerradas las inscripciones serán elaboradas las listas de aspirantes admitidos a la convocatoria pública; previo dictamen emitido por las Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, conforme a lo establecido en el inciso 3 artículo 60 de la Ley 5 de 1992.

La información suministrada en desarrollo de la etapa de inscripción se entenderá aportada bajo la gravedad del juramento, y una vez efectuada la inscripción no podrá ser modificada bajo ninguna circunstancia. Los aspirantes asumirán la responsabilidad de la veracidad de los datos consignados en el momento de la inscripción, así como de los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos.

4. Pruebas. Las pruebas de conocimiento se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas

por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública.

Los parámetros de ponderación estarán previamente establecidos en la convocatoria y la prueba es de carácter eliminatorio.

5. Criterios de selección. En todo caso, el criterio de mérito prevalecerá para la selección del Contralor General de la República, en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Política y el mayor merecimiento de los aspirantes estará dado por la ponderación en las pruebas de conocimiento, la formación profesional, la experiencia, la competencia, la actividad docente, la producción de obras en el ámbito fiscal y la aptitud específica para el ejercicio del cargo y el desempeño de la función.

La valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, tendrán el valor que se fije en la convocatoria.

6. Entrevista. Una vez seleccionados los 10 elegibles, las Plenarias de Senado y Cámara escucharán por separado y por el tiempo que señale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior, las Mesas Directivas de Senado y Cámara convocarán a Congreso Pleno para elegir al Contralor.

**Parágrafo.** En la página web del Congreso de la República, durante cinco (5) días hábiles, se publicará el listado de preseleccionados, con los nombres y apellidos completos, el número de la cédula de ciudadanía y la dirección de la página web dispuesta por el Presidente del Congreso donde se puedan recibir las observaciones que tenga la ciudadanía sobre los aspirantes.

**Artículo 7º.** El Congreso conformará una Comisión Accidental para definir la lista de elegibles:

- 1. La Cámara de Representantes elegirá un representante por cada partido con representación en esa cámara. Si hubiere un partido con representación en el Senado y sin representación en la Cámara de Representantes, este se incluirá por derecho propio.
- 2. El Senado elegirá por el mecanismo de cuociente electoral el mismo número de miembros que resulte del numeral anterior.

**Artículo 8º. Funciones de la comisión.** La Comisión de que trata esta ley, tendrá las siguientes funciones:

1. Se entenderán habilitados para continuar en el proceso al menos 20 personas.

- 2. La Comisión realizará audiencias públicas con la ciudadanía y todos los interesados para escuchar y examinar a los habilitados. Luego de lo cual seleccionará los 10 elegibles que serán presentados ante el Congreso en pleno.
- 3. Las demás que le señale la Mesa Directiva.

*(…)* 

**Artículo 12. Vigencia y derogaciones.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

**Parágrafo transitorio**. Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía".

Revisado su contenido, la Sala concluye que no es aplicable a la elección de miembros del Consejo Nacional Electoral por las siguientes razones:

- La postulación de candidatos al organismo electoral es un asunto propio de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se regula por procedimientos internos.
- La regulación estatal de los aspectos sustantivos de los partidos y movimientos políticos corresponde al legislador estatutario, en aplicación del artículo 152 literal C de la Constitución Política. Se resalta que la Ley 1904 de 2018 es una Ley Ordinaria.
- El parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 que ordena su aplicación por analogía, parte de la base de la existencia de un vacío normativo, que en punto de la elección del Consejo Electoral no se configura, pues como se explicó en acápites anteriores tiene una regulación constitucional especial.
- La conformación de las listas de candidatos para el CNE no corresponde al órgano elector ni a otro ente estatal. Es una decisión autónoma de las agrupaciones políticas que conlleva una representación igualmente política de las mismas.
- La elección del Consejo Nacional Electoral es plurinominal (Se eligen 9 miembros), y la del Contralor General de la República es uninominal (1 funcionario)
- La elección de miembros del Consejo Nacional Electoral emplea un sistema proporcional (cifra repartidora), el del Contralor General usa el mayoritario.

#### E. Las comisiones de acreditación

El artículo 60 de la Ley 5 de 1992 "por la cual se expide el Reglamento del Congreso de la República: el Senado y la Cámara de Representantes" establece:

"Artículo 60. Integración y funciones. Previa a la sesión inaugural de las Cámaras Legislativas, la autoridad electoral enviará a cada una de ellas la lista de los Congresistas electos, quienes deberán identificarse ante el Presidente de la Junta Preparatoria. Con posterioridad se hará ante el Presidente de la correspondiente Cámara.

En cada una de las Cámaras se dispondrá la integración de la Comisión de Acreditación Documental a razón de cinco (5) miembros por cada corporación, y por el período constitucional.

Los documentos que acrediten las calidades exigidas de quienes aspiran a ocupar cargos de elección del Congreso o de las Cámaras Legislativas, serán revisados por la Comisión dentro de los cinco (5) días siguientes a su presentación. El informe respectivo será evaluado por la plenaria de la corporación, antes de proceder a la elección del caso".

Entonces, corresponderá a las comisiones de acreditación de cada Cámara, al ser una elección del Congreso en pleno, revisar si están acreditados por parte de los candidatos los requisitos constitucionales para ocupar los cargos de consejeros electorales, y remitir su informe a la plenaria antes de la correspondiente elección.

Dicho informe debe ser evaluado por la plenaria, lo que implica que podrá revisar nuevamente el cumplimiento de los requisitos antes de la elección

## III. La Sala responde:

"1. ¿Para elegir a los miembros del CNE se debe surtir previamente una convocatoria pública de acuerdo con las reglas dispuestas en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, en virtud de lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política, o se debe proceder a elegir directamente entre los candidatos postulados por los partidos políticos conforme al sistema de cifra repartidora y el procedimiento contemplado en el artículo 264 ibídem?

Para elegir a los miembros del Consejo Nacional Electoral se debe proceder a aplicar el sistema previsto en el artículo 264 de la Constitución Política, sin que deba surtirse previamente la convocatoria pública a que se refieren el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución y la Ley 1904 de 2018.

2 ¿El Congreso en pleno ostenta competencia para la verificación de requisitos y calidades de los candidatos del CNE? Y en el evento de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿en qué etapa del proceso de elección se debe adelantar dicho trámite?"

La verificación de requisitos es efectuada de manera inicial por las comisiones de acreditación documental, células que rendirán un informe a la plenaria. La plenaria, como nominadora tiene la responsabilidad de evaluar el respectivo informe antes de la elección y, en consecuencia, también podrá verificar los requisitos y calidades de los candidatos.

Remítase a la señora Ministra del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

6. Congresistas – Término constitucional y legal para la posesión del cargo. Consecuencias de su inobservancia. Proceso de pérdida de investidura

#### Radicado 2399

Fecha: 05/09/2018

Consejero Ponente: Germán Bula Escobar

Levantamiento de la reserva mediante oficio 18-35176 OAJ- 1400 del 5 de septiembre

de 2018

La señora Ministra del Interior, por solicitud expresa del Presidente del Senado de la República, formula a la Sala una consulta en relación con (i) el procedimiento a seguir en el evento de que una persona elegida como congresista no se posesione en la fecha prevista para la instalación de las Cámaras, ni dentro de los ocho (8) días siguientes, (ii) la manera de retirarla de la Corporación y (iii) los casos en los cuales procede el nombramiento de su reemplazo.

#### I. ANTECEDENTES

Manifiesta la consulta que la primera duda que le asiste a ese Ministerio radica en establecer cómo debe procederse administrativamente por parte de los Presidentes del Senado y la Cámara de Representantes, y sus respectivas Mesas Directivas, en los eventos en que una persona elegida como congresista no se posesione dentro de los ocho (8) días siguientes para tomar posesión del cargo, sin desconocer el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

Aduce que el artículo 299 de la Ley 5 de 1992 dispone que la Mesa Directiva de la respectiva Cámara debe realizar una evaluación de la situación del congresista incumplido y ordenar el envío de la solicitud motivada de pérdida de investidura solo en los casos en que la decisión sea desfavorable.

En ese orden, plantea la inquietud sobre si la Mesa Directiva de la respectiva Cámara debe requerir a la persona para que informe y de ser el caso ejerza su derecho de defensa y contradicción en relación con las razones que le impidieron tomar posesión, con el fin de evaluar si tales razones constituyen o no una causal de fuerza mayor, previo a la solicitud motivada de la pérdida de investidura dirigida al Consejo de Estado, conforme lo señala el artículo 299 ibídem.

O si por el contrario, con base en lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 5 de 1992, el artículo 4 de la Ley 1881 de 2018 y el numeral 5 del artículo 237 de la Constitución Política, también se podría interpretar que la Mesa Directiva debe proceder a demandar la pérdida de investidura directamente y que el análisis de la fuerza mayor debe ser del resorte del proceso judicial en el Consejo de Estado, al ser dicha Corporación la competente para adoptar una decisión al respecto.

La segunda cuestión que se plantea en la consulta reside en que a juicio del Ministerio del Interior, no se encuentran jurídicamente definidos los pasos o el procedimiento que

se debe seguir para desvincular o retirar de la Corporación a la persona que incurrió en la causal de pérdida de investidura.

Lo anterior, por cuanto no existe claridad normativa respecto de si es procedente declarar directamente "la vacancia del empleo" de quien no se posesionó en el término previsto en la ley, para continuar con el "reemplazo del funcionario" en caso de que sea procedente, o declarar la "silla vacía" con fundamento en los criterios previstos en el artículo 134 Superior. O si, por el contrario, es necesario esperar la sentencia que defina el proceso de pérdida de investidura y posteriormente tomar una decisión administrativa respecto del retiro o no del congresista.

Finalmente, el Ministerio plantea que no se tiene certeza sobre si es posible nombrar el reemplazo de un congresista, en el evento en que no se posesione dentro de la fecha prevista o los ocho (8) días siguientes, como consecuencia de encontrarse privado de la libertad por la supuesta realización de "delitos comunes como el narcotráfico" y que aún no haya sido condenado penalmente.

En efecto, si bien el inciso 2 del artículo 134 Constitucional establece que en ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados actividades de narcotráfico, también lo es que no hay claridad respecto del caso de una persona que no se posesione por encontrarse privado de libertad por la realización de ese delito, pero que aún no se encuentra condenado sino con medida de aseguramiento.

Con base en las anteriores consideraciones, la señora Ministra del Interior formula las siguientes

#### PREGUNTAS:

- "¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir por parte del Congreso de la República, cuando un miembro de la corporación declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no toma posesión dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha prevista en el ordenamiento constitucional?"
- 2. "¿Tiene que esperar el Congreso de la República a que el honorable Consejo de Estado decrete la pérdida de investidura, cuando se adelanta un proceso por pérdida de investidura, para hacer el llamamiento al candidato no elegido, que según el orden de inscripción o votación obtenida le siga en forma sucesiva y descendiente en la misma lista electoral, el cual fue declarado elegido por el Consejo Nacional Electoral, y no haya tomado posesión dentro del término previsto en el ordenamiento superior?"
- 3. "¿Quién es la autoridad competente para determinar la fuerza mayor con el fin de establecer si existe causal que justifique la no posesión del congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, dentro del término establecido para tal fin en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?"

4. "¿Se debe entender como fuerza mayor, el hecho de que un congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no tome posesión por encontrarse privado de la libertad, por orden de un juez de la república en ejercicio de sus funciones por disposición, estando está (sic) vigente?"

### II. CONSIDERACIONES

# A. Advertencia preliminar

Mediante comunicación SGE-CS-3184-2018 del 2 de agosto de 2018, el Secretario General del Senado de la República, que citó como sustento de su actuación los artículos 183 numeral 3 de la Constitución Política, 17 y 269, numeral 9, de la Ley 5 de 1992, ofició a la Presidencia del Consejo de Estado sobre la novedad de que el día 20 de julio de 2018 en la sesión plenaria de instalación formal del Congreso de la República "no contestaron lista, ni tomaron posesión los Senadores electos – Resolución No. 1596 de 2018 Consejo Nacional Electoral- Aída Merlano Rebolledo y Luciano Marín Arango". Indicó, además, que para la época de la mencionada comunicación han transcurrido ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras y los "Senadores electos Merlano y Márquez no han comparecido ante el señor Presidente para tomar posesión".

El Presidente del Consejo de Estado, mediante comunicación CE-PRESIDEN-CIA-PQRS-INT-2018-1857, remitió al Secretario General del Consejo de Estado el oficio aludido en precedencia, con el fin de que se procediera con el trámite respectivo.

Conforme a lo relatado, la Sala revisó el Sistema de Gestión Siglo XXI de la Rama Judicial y constató que mediante proceso radicado con el número 2018-02672-00 actualmente se adelanta la acción de pérdida de investidura en primera instancia, prevista en la Ley 1881 de 2018, contra la señora Aída Merlano Rebolledo. Igualmente, contra el señor Luciano Marín Arango se tramita la citada acción bajo el proceso radicado 2018-02673-00.

En cuanto a los procesos judiciales en curso, la Sala tiene establecido que no es procedente pronunciarse cuando la consulta tenga como objeto asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexa a la que se esté debatiendo en un proceso judicial.

La función consultiva asignada a esta Corporación en el numeral 3 del artículo 237 de la C.P., constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

En efecto, cuando el objeto o aspectos de la consulta están siendo debatidos en sede judicial -y en el presente caso el proceso no ha finalizado; se encuentra apenas en su fase inicial-, la Sala tiene como norma general abstenerse de pronunciarse para no interferir en la función judicial que le compete privativamente a otros órganos, de acuerdo con la

Constitución y la Ley. En esa medida, la Sala se referirá de manera general a los temas objeto de consulta sin aludir de forma particular a los aspectos que son objeto del proceso judicial, los cuales, por las razones anotadas, no son asuntos susceptibles de absolver por vía de la función consultiva, pues no es de su competencia determinar si en un caso concreto y particular se presentó una causal de pérdida de investidura.

#### B. Problema Jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas se extraen los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: i) Acaecido el supuesto fáctico de no tomar posesión del cargo dentro del término constitucionalmente señalado para el efecto, ¿qué consecuencia jurídica se deriva para un congresista declarado elegido por la autoridad escrutadora competente, es decir, el Consejo Nacional Electoral? ii) Acaecido el hecho de no tomar posesión en el término previsto, ¿qué actuación debe adelantar la mesa directiva de la respectiva Cámara? iii) ¿A qué autoridad corresponde determinar la existencia de una causal de fuerza mayor que justifique la no posesión el Congresista elegido dentro del término constitucionalmente señalado? iv) ¿Puede el Presidente de la respectiva Cámara hacer el llamamiento al candidato no elegido para que ocupe la curul del Congresista elegido al que se le adelanta un proceso de pérdida de investidura porque no se posesionó dentro del término legal?

Para resolver la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* reglas sobre posesión de los congresistas, términos y consecuencia jurídica de la no posesión; *ii)* actuación de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara en el evento de la no toma de posesión del congresista; *iii)* autoridad competente para determinar la existencia de fuerza mayor que justifique la no toma de posesión del congresista; *iv)* el llamamiento al candidato no elegido para ocupar la curul.

# C. La posesión de los congresistas. Términos y consecuencia jurídica de la no posesión

# 1. Noción de posesión

En vigencia de la Constitución de 1886, las normas que regulaban la función pública y, en particular, la forma de ocupar y ejercer los cargos o destinos públicos, establecieron el requisito de la posesión previo al ejercicio del cargo. La Ley 4 de 1913, aún vigente, señaló en los artículos 250 y 251, en lo pertinente:

"Artículo 250. <u>Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso, designen las leyes</u>, ordenanzas, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: (...)

Artículo 251. Ningún funcionario <u>entrará</u> a ejercer <u>su cargo</u> sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban. Esto es lo que se llama posesión del empleo o bien, tomar posesión de él (...)."478 (Se resalta).

<sup>478</sup> Esta norma corresponde a lo previsto en el artículo 65 de la Constitución Política de 1886.

En vigencia de la Constitución de 1991, el artículo 122 dispone:

"Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(...)". (Subrayamos).

Sobre la naturaleza jurídica de la posesión, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha manifestado que no constituye un acto administrativo<sup>479</sup> sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos<sup>480</sup>.

De las normas y de la jurisprudencia citadas se sigue que nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión.

En consecuencia, la posesión es una diligencia solemne en la que el servidor público elegido, nombrado, llamado o, en general, designado para ejercer un cargo, jura formalmente cumplir con la Constitución Política, la ley, los reglamentos, las funciones y los deberes del respectivo cargo.

# 2. Posesión de los congresistas

Como se sabe, los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, entre ellos los Congresistas, representan al pueblo y son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. (Art. 133 CP), de allí que su posesión para desempeñar sus funciones revista una solemnidad especial.

En la Ley 5 de 1992, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", lo relacionado con la posesión de los Congresistas integra el Título I "Del Congreso Pleno", Capítulo I "De la Integración, Inauguración y Funciones". Se destaca para este concepto que para la sesión inaugural del periodo del Congreso de la República:

i) El día 20 de julio a partir de la 3 pm, los senadores y representantes presentes en el Salón Elíptico se constituirán en Junta Preparatoria (art. 12);

<sup>479</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de septiembre de 2013, expediente 54001-23-31-000-2012-00097-01.

<sup>480 &</sup>quot;[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 11001-03-28-000-2006-00193-00, M. P. Filemón Jiménez Ochoa".

- ii) Se procederá a llamar a lista a los senadores y representantes de "cuya elección se tenga noticia oficial" (art. 13). Esta norma debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60 ibídem que dispone:
  - **"Artículo 60. Integración y funciones.** Previa a la sesión inaugural de las Cámaras Legislativas, la autoridad electoral enviará a cada una de ellas la lista de los Congresistas electos, quienes deberán identificarse ante el Presidente de la Junta Preparatoria. Con posterioridad se hará ante el Presidente de la correspondiente Cámara".
- iii) Establecido el quórum para deliberar el presidente de la Junta Preparatoria designará una comisión de congresistas para que "informe al Presidente de la República que el Congreso pleno se encuentra reunido para su instalación constitucional" (art. 14);
- iv) Las sesiones del congreso serán instaladas "conjunta y públicamente por el Presidente de la República" (art. 15);
- v) El acto de instalación se efectuará poniéndose de pie los miembros de la Junta para dar respuesta afirmativa, a la siguiente pregunta formulada por quien presida la reunión: "¿Declaran los Senadores y Representantes presentes, constitucionalmente instalado el Congreso de la República y abiertas sus sesiones?" (Art. 15);
- vi) Instaladas las sesiones del Congreso, el Presidente de la Junta Preparatoria jurará ante sus miembros de la siguiente manera: "Invocando la protección de Dios, juro ante esta Corporación sostener y defender la Constitución y leyes de la República, y desempeñar fielmente los deberes del cargo" (Art. 16);
- vii) A su vez, el artículo 17 de la Ley 5 dispone:
  - **"Artículo 17. Posesión de los congresistas.** Posteriormente, el Presidente de la Junta Preparatoria tomará el juramento de rigor a los Congresistas presentes. Con ello se cumplirá el acto de la posesión como requisito previo para el desempeño de sus funciones y se contestará afirmativamente a la siguiente pregunta:
  - Invocando la protección de Dios, ¿juráis sostener y defender la Constitución y las leyes de la República, y desempeñar fielmente los deberes del cargo?
  - Este juramento se entenderá prestado para todo el período constitucional. Quienes con posterioridad se incorporen al Congreso, deberán posesionarse ante el Presidente de la Cámara respectiva para asumir el ejercicio de sus funciones".

Dada la alta investidura que ostentan, la posesión de los congresistas es una ceremonia solemne, establecida de manera detallada en el Reglamento del Congreso, la cual deberá tener lugar al momento de la sesión inaugural del Congreso de la República el 20 de julio cada cuatro años.

# 3. La no posesión en el término previsto y su consecuencia jurídica: la pérdida de investidura

La trascendencia del acto de posesión de los congresistas es tal, que la Constitución Política tiene establecida por su omisión la consecuencia jurídica más gravosa para un congresista: la pérdida de la investidura. Dispone, en lo pertinente, el artículo 183 CP:

"Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

(...)

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

Parágrafo.

Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor".

Como puede advertirse la Carta Política establece, directamente, un supuesto de hecho: falta de posesión del congresista dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; y una consecuencia jurídica: pérdida de investidura<sup>481</sup>. Frente a tan gravosa situación, la misma Carta dispone que la fuerza mayor es causal de justificación de la omisión del congresista de no posesionarse en los términos fijados.

Debe recordarse que el antecedente de la pérdida de la investidura de los congresistas se encuentra en el artículo 13 del Acto Legislativo Número 1 de 1979, que instituyó por primera vez en el país la pérdida de la investidura, y contempló que esta sería decretada por el Consejo de Estado<sup>482</sup>.

En la Asamblea Constituyente, el asunto fue retomado bajo la finalidad de dignificar la condición de congresista, de ahí la iniciativa de que dado "el altísimo nivel" que supone ese mandato las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debían corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso<sup>483</sup>, lo que originó el artículo 183 CP.

<sup>481</sup> El supuesto jurídico es la "hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones". García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. S.A., México. Trigésimo segunda edición, 1980, p. 172 y s.s. (Subraya la Sala).

<sup>482</sup> Acto Legislativo declarado inexequible en su momento por la Corte Suprema de Justicia.

<sup>483</sup> Gaceta Constitucional No. 79 del 22 de mayo de 1991.

A su vez, los artículos 184<sup>484</sup> y 237<sup>485</sup>, numeral 5, de la Constitución Política, otorgaron la competencia al Consejo de Estado de decretar la pérdida de investidura de los congresistas, tal como en su momento había sido establecido por el Acto Legislativo 1 de 1979. La mesa directiva de la respectiva cámara o cualquier ciudadano podrá solicitar la `pérdida de la investidura.

Expuesto lo anterior, y dada la pregunta formulada en la consulta, corresponde determinar qué actuación debe adelantar la respectiva mesa directiva ante la no posesión del congresista.

# D. Actuación de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara en el evento de la no toma de posesión del congresista

El capítulo XI del Reglamento del Congreso se denomina "Del Estatuto del Congresista" que incluye una sección 5 "pérdida de investidura" que comprende los artículos 296 a 304. En el artículo 296 se establecen las causales de pérdida de investidura y en el numeral 7 ibídem, se relaciona la descrita en el numeral 3 del artículo 183 CP, arriba transcrita.

En el texto original de la Ley 5 de 1992, los artículos 297 y 298 regulaban "causales de previo pronunciamiento judicial" y "causales de previo pronunciamiento congresional", y se establecía un "procedimiento interno-garantías", artículo 302, que debían observar las respectivas Cámaras.

Al respecto, es preciso recordar que los mencionados artículos, y otras normas de la sección 5 arriba citada, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C – 319 de 1994. Frente a la actuación de la Mesa Directiva de las Cámaras, el procedimiento previo y la garantía del debido proceso aplicable sobre las "causales de previo pronunciamiento congresional", entre las que se encuentra la relativa a la no toma de posesión, resulta pertinente transcribir el pronunciamiento de la Corte:

 "El requisito del previo procedimiento congresional cuando una de las Cámaras, a través de su Mesa Directiva, solicita la pérdida de investidura, con base en una de las restantes causales (artículos 298, 302 y 303)

Análoga declaración de inexequibilidad pronunciará la Corte en relación con lo preceptuado en los artículos 298, 302 y 303 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto que, respecto de las otras causales previstas en el artículo 296 ibídem, pretenden condicionar el proceso de pérdida de investidura, a adelantarse por el Consejo de Estado, a los resultados con que culminare el procedimiento tramitado internamente por el Congreso que, a ese fin, instituyen, con el carácter de 'presupuesto previo de procedibilidad' ante el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

<sup>484 &</sup>quot;Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

<sup>485 &</sup>quot;Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

En el contexto del procedimiento previo a seguirse en el Congreso, que dichas normas instituyen, las mismas confieren a las Cámaras respectivas la atribución de calificar la ocurrencia de las causales y de hacer las correspondientes declaraciones (artículos 298 y 302). Igualmente, conceden al "pleno de cada corporación legislativa", la atribución de calificar "las violaciones del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses"... previo informe de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista (artículo 298, numeral 1º) Para lo cual además, instituyen "Las Comisiones encargadas de conocer y dictaminar sobre el proceder de los Congresistas" (artículo 303).

Lo allí preceptuado no sólo recorta la <u>competencia incondicionada y exclusiva que tiene el Consejo de Estado</u>, tratándose de una cualquiera de las causales que constitucionalmente originan la pérdida de investidura, sino que además, comporta flagrante desconocimiento de la competencia que la Constitución Política ha radicado, únicamente, en la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente y no en la Plenaria de las Cámaras, ni en las Comisiones a que aluden las normas demandadas.

Por tal razón la Corte los declarará inexequibles" (Subraya la Sala).

De lo expuesto es evidente que el único órgano competente para pronunciarse sobre las causales de pérdida de investidura, y sobre las posibles causales de justificación, y para decretar la condigna sanción, es el Consejo de Estado, por lo que ningún órgano constituido, judicial o administrativo, puede arrogarse dicha competencia expresa y taxativa conferida por la Constitución.

Así las cosas, en el juicio de constitucionalidad realizado en la citada sentencia, se declararon exequibles loas artículos 299 y 300, relativos a aspectos instrumentales de la solicitud de pérdida de investidura, a saber:

**Artículo 299. Solicitud obligatoria de la mesa directiva.** (En los eventos indicados) si la decisión fuere desfavorable al Congresista, la respectiva Mesa Directiva tendrá la obligación de enviar, (al día siguiente), la solicitud motivada para que sea decretada por el Consejo de Estado la pérdida de la investidura. A la solicitud se anexarán las actas y documentos del caso. (Los apartes entre paréntesis fueron declarados inexequibles en la sentencia C-299 de 1994).

La norma dispone la obligación, radicada en la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, según el artículo 184 CP, para que eleve ante el Consejo de Estado la solicitud motivada de pérdida de la investidura, acompañada de las actas y documentos del caso. La disposición en comento se complementa, actualmente, con el artículo 4 de la Ley 1881 de 2018 "por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones":

**"Artículo 4.** Cuando la solicitud sea formulada por la Mesa Directiva de la Cámara a la cual pertenezca el Congresista, esta deberá ser enviada a la Secretaría General del Consejo de Estado, junto con toda la documentación correspondiente".

De lo expuesto se tiene que frente a la situación fáctica de no posesión de los congresistas en los términos del artículo 183 numeral 3 y la Ley 5 de 1992, la Mesa directiva de la correspondiente Cámara no debe adelantar un pronunciamiento previo que implique asimismo un procedimiento a seguir, sino que simplemente ante tal supuesto de hecho, acreditado por el Secretario de la correspondiente Cámara, deberá solicitar ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura respecto del congresista implicado, mediante escrito enviado a la secretaría general del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, junto con la documentación que soporta el acaecimiento del mencionado hecho.

# E. Autoridad competente para determinar la existencia de fuerza mayor que justifique la no toma de posesión del congresista

Con base en lo expuesto, y de manera principal con sujeción a los artículos 184 CP y 299 de la Ley 5 de 1992, así como a la Ley 1881 de 2018, es el Consejo de Estado la única autoridad competente para tramitar el proceso y decretar o no la pérdida de investidura.

La Sala resalta que el proceso de pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio y es "un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución", según se establece en el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Por tanto, es en dicho proceso donde se examinarán las causales alegadas tanto como los hechos justificativos eventuales (v.gr. fuerza mayor), se decretarán, practicarán y valorarán las pruebas, y finalmente se adoptará la decisión a la que haya lugar, con observancia plena del debido proceso.

En consecuencia, solicitada la pérdida de investidura del congresista "Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse", la causal justificativa de fuerza mayor deberá alegarse y probarse en el proceso, cuya competencia exclusiva recae en el Consejo de Estado que, por lo mismo, es la única autoridad a la que corresponde valorar tales circunstancias.

# F. Causales para el llamamiento al candidato no elegido para ocupar la curul

El artículo 134 de la Constitución Política, modificado por los actos legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, establece lo siguiente:

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

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

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

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

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

**Parágrafo TRANSITORIO.** Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo". (Subraya la Sala).

La Sala en el concepto 2364 de 2017, analizó la norma transcrita y señaló que contiene la figura conocida como la "silla vacía", que buscó responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes fueran condenados por ciertos delitos, tales como la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; los dolosos contra la administración pública; los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, y los de Lesa Humanidad. En esta dirección, en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2015 se señaló:

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

Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público". 486

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

"Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos"<sup>487</sup>.

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

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

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

<sup>486</sup> Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

<sup>487</sup> Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014.

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

*(...)* 

Luego, en el mismo párrafo se alude a las renuncias no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece"488.

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público<sup>489</sup>, el artículo 134 C.P. dispone que en ningún caso podrán ser reemplazados:

- Quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, y
- 2. Aquellos contra quienes se profiera <u>orden de captura dentro de los respectivos</u> <u>procesos mencionados en el numeral anterior</u>, toda vez que tal evento no dará lugar a faltas temporales.

Por otra parte, en caso de producirse una falta absoluta del congresista por pérdida de investidura, este podrá ser reemplazado por el candidato no elegido que según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

<sup>488</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

<sup>489</sup> Entiende la Sala que la consulta se refiere a las faltas absolutas y no se solicita la opinión en relación con las faltas temporales, asunto que ameritaría un análisis detenido del parágrafo transitorio del artículo 134 C.P., respecto de lo que allí se dispone sobre el particular.

En una secuencia lógica y procesal, primero deberá decretarse la pérdida de investidura para que se produzca la falta absoluta del congresista. Debe recordarse que dicho proceso es sancionatorio y de responsabilidad subjetiva, por lo que se presume la inocencia del procesado hasta que judicialmente se demuestre lo contrario (art. 29 CP). Ejecutoriada la sentencia que decrete la pérdida de investidura se comunicará a la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo (artículo 15, L. 1881 de 2018), por lo que solo a partir de ese momento podría llamarse al candidato no elegido para que ocupe la correspondiente curul.

Con base en las anteriores consideraciones

#### III. LA SALA RESPONDE:

#### **PRFGUNTAS:**

 "¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir por parte del Congreso de la República, cuando un miembro de la corporación declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no toma posesión dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha prevista en el ordenamiento constitucional?"

Ante el supuesto de hecho planteado en la pregunta, la Mesa Directiva de la respectiva Cámara deberá solicitar ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura respecto del congresista que no toma posesión, mediante escrito enviado a la secretaría general del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, junto con la documentación que acredite el hecho en que se funde la solicitud. Lo anterior, en cumplimiento de los artículos 183, numeral 3, de la Constitución Política, 299 y 300 de la Ley 5 de 1992 y 4 de la Ley 1881 de 2018.

2. "¿Tiene que esperar el Congreso de la República a que el honorable Consejo de Estado decrete la pérdida de investidura, cuando se adelanta un proceso por pérdida de investidura, para hacer el llamamiento al candidato no elegido, que según el orden de inscripción o votación obtenida le siga en forma sucesiva y descendiente en la misma lista electoral, el cual fue declarado elegido por el Consejo Nacional Electoral, y no haya tomado posesión dentro del término previsto en el ordenamiento superior?"

Para que se produzca la falta absoluta del congresista deberá decretarse la pérdida de investidura. Dicho proceso es sancionatorio y de responsabilidad subjetiva, por lo que se presume la inocencia del procesado hasta que judicialmente se demuestre lo contrario (art. 29 CP). Ejecutoriada la sentencia se comunicará a la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo (artículo 15, L. 1881 de 2018). Solo a partir de ese momento podría llamarse al candidato no elegido para que ocupe la correspondiente curul.

3. "¿Quién es la autoridad competente para determinar la fuerza mayor con el fin de establecer si existe causal que justifique la no posesión del congresista declarado

electo por el Consejo Nacional Electoral, dentro del término establecido para tal fin en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?"

4. "¿Se debe entender como fuerza mayor, el hecho de que un congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no tome posesión por encontrarse privado de la libertad, por orden de un juez de la república en ejercicio de sus funciones por disposición, estando está (sic) vigente?"

El Consejo de Estado, en sede contenciosa, es la única autoridad competente para tramitar el proceso y decretar o no la pérdida de investidura, según lo disponen los artículos 184 y 237 de la Constitución Política y 299 de la Ley 5 de 1992, así como la Ley 1881 de 2018. Por tanto, es en esta corporación judicial donde se examinarán las causales alegadas tanto como los hechos justificativos eventuales (v.gr. fuerza mayor), se decretarán, practicarán y valorarán las pruebas y, finalmente, se adoptará la decisión a la que haya lugar, con observancia plena del debido proceso.

Remítase a la señora Ministra del Interior y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.

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

7. Elección de los secretarios de los Concejos Municipales. Aplicación del artículo 126 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2015. Elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, previa convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1905 de 2018 a 2350

#### Radicado 2406

Fecha: 11/12/2018

Consejero Ponente: Édgar González López

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 19 de diciembre de 2018

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula a la Sala una consulta sobre la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 2 de 2015, y la procedencia de aplicar por analogía la Ley 1904 de 2018, por la disposición del parágrafo transitorio del artículo 12 de esta, para efectuar dicha elección.

#### I. ANTECEDENTES

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública subdivide el planteamiento de la consulta en tres temas, de la siguiente forma:

## 1. Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

En primer lugar, el Director del Departamento Administrativo consultante cita los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994, sobre la organización y el funcionamiento de los municipios, los cuales se refieren a la elección de funcionarios de competencia de los Concejos Municipales, la cual se debe realizar en los primeros diez (10) días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, y dentro de los cuales se encuentra el Secretario de la corporación, quien es elegido para un período de un año y puede ser reelegido a criterio de la corporación.

# Elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas

El consultante cita el artículo 2º del Acto Legislativo No. 02 de 2015, mediante el cual se modificó el artículo 126 de la Constitución con inclusión de varias disposiciones nuevas, como la de la elección de los servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, previa una convocatoria pública reglada por la ley. Dice así esta norma:

#### "Artículo 2°. El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercido de sus funciones:

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil<sup>490</sup>.

La consulta menciona que de acuerdo con el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Carta, los Contralores departamentales, distritales y municipales deben ser elegidos por las Asambleas departamentales, y los Concejos distritales y municipales, respectivamente, "mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para período igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso".

La consulta expresa que compete al Legislador fijar las reglas de la convocatoria pública mencionada por el artículo 126 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, y determinar el procedimiento correspondiente.

# 3. Reglas de la convocatoria pública para servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas

Expresa el consultante que la Ley 1904 de 2018 que reguló la convocatoria pública para la elección del Contralor General de la República, consagró un régimen de transición para la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, cuyo proceso de selección no haya sido regulado por la ley, en las siguientes normas:

<sup>490</sup> La Corte Constitucional declaró exequible este artículo, mediante la Sentencia C-29 del 2 de mayo de 2018, salvo el aparte tachado "Miembro de la Comisión de Aforados", declarado inexequible por la Sentencia C-373 de 2016. La Corte también declaró exequible la expresión subrayada "Miembro del Consejo Nacional Electoral", por medio de la Sentencia C-94 del 15 de febrero de 2017.

**"Artículo 11.** Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en lo que correspondan a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la República expida disposiciones especiales para la materia".

**"Artículo 12. Vigencia y derogaciones.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas (sic) disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

**Parágrafo transitorio.** Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía".

Se indica en la consulta que las disposiciones de esta ley, la cual rige desde el 27 de junio de 2018, se aplican en lo que correspondan, a la elección de los Contralores departamentales, distritales y municipales y también, por analogía, a las demás elecciones de servidores públicos a cargo de corporaciones públicas, según lo establecido por el artículo 126 de la Constitución Política.

Con base en lo expuesto, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula la siguiente

# **Pregunta:**

"¿Teniendo en cuenta que el secretario del concejo es de elección de la respectiva corporación, se consulta si para el procedimiento de la elección se debe aplicar lo señalado en la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018?

#### II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Sala abordará los temas en el siguiente orden: i) La elección de los Secretarios de los Concejos Municipales; ii) El inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política y la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018; iii) La analogía de las normas jurídicas; iv) La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

# A. La elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

La Constitución Política establece en el artículo 312, modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo No. 1 de 2007, que en cada municipio hay una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denomina Concejo Municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros, según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva.

El artículo 313 de la Carta establece dentro de las funciones de los Concejos, en el numeral 8º, la de elegir Personero para el período que fije la ley "y los demás funcionarios que esta determine".

Dentro de tales funcionarios están los Secretarios de los Concejos Municipales, cuya elección se encuentra establecida en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", los cuales señalan lo siguiente:

"Artículo 35. Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación<sup>491</sup>. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso".

**"Artículo 37. Secretario.** El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En caso de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo".

Como se aprecia en estas dos disposiciones, corresponde al Concejo Municipal "elegir" (es el verbo rector que utilizan ambas), al Secretario de dicha corporación pública para un período de un año, con la posibilidad de ser reelegido.

La consulta se dirige a determinar si para el procedimiento de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se deben aplicar las normas de la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía, lo dispuesto por la Ley 1904 de 2018, en virtud de lo ordenado por el parágrafo transitorio del artículo 12 de esta última ley, razón por la cual se debe analizar esta norma, no sin antes hacer referencia al canon constitucional que estableció la convocatoria pública previa a la elección de funcionarios por las corporaciones públicas.

<sup>491</sup> Esta frase inicial del artículo 35 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-107 del 15 de marzo de 1995.

# B. El inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política y la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018

El artículo 2º del Acto Legislativo No. 02 de 2015, "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones", modificó el artículo 126 de la Constitución y contempló una disposición novedosa en el inciso cuarto, el cual señala lo siguiente:

"Salvo los concursos regulados por la ley, <u>la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley</u>, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección". (Subraya la Sala).

Como se observa, esta norma superior establece que "salvo los concursos regulados por la ley", la elección de servidores públicos asignada a corporaciones públicas, como son los Concejos Municipales, debe hacerse previa una convocatoria pública reglada por la ley.

La ley debe fijar los requisitos y procedimientos, los cuales deben garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para la selección de tales servidores públicos.

Esta norma constitucional, al introducir la modalidad de convocatoria pública reglada por la ley, con determinación de los requisitos y procedimientos que garanticen los mencionados principios, modifica ciertamente, por ser de superior jerarquía normativa y además, posterior, lo establecido en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994 sobre la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

Ahora bien, se observa en el panorama legislativo actual que solamente en un caso, el de la elección del Contralor General de la República, por parte del Congreso Nacional, conforme al inciso quinto (modificado por el artículo 22 del Acto Legislativo 2 de 2015) del artículo 267 de la Constitución que remite al 126 de la misma, se ha reglamentado mediante una ley la convocatoria pública para dicha elección.

Se trata de la Ley 1904 de 2018, la cual extendió sus previsiones en lo que correspondan, a la elección de los Contralores departamentales, distritales y municipales, en tanto el Congreso Nacional expida disposiciones especiales sobre la materia (artículo 11).

Esta misma ley dispuso su aplicación <u>por analogía</u>, a las demás elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, mientras el Congreso regula dichas elecciones, conforme a lo señalado por el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución (artículo 12 parágrafo transitorio, de la Ley 1904). Dentro de tales elecciones se encuentran lógicamente, las de los Secretarios de los Concejos Municipales.

La figura de la analogía de la ley o de manera más general, de las normas jurídicas, ha sido analizada por la Sala en varias oportunidades, como instrumento de hermenéutica

legal y también de integración del ordenamiento jurídico, razón por la cual la Sala se refiere a ella en el siguiente punto.

## C. La analogía de las normas jurídicas

La Sala se ha ocupado en diversas ocasiones, de la analogía como una modalidad de interpretación de las normas jurídicas que sirve para dar solución a los vacíos normativos que se presentan, ante la imposibilidad de que las leyes y los reglamentos regulen todas las situaciones y circunstancias de las personas naturales y jurídicas y de sus relaciones sociales, económicas, políticas y culturales.

Es así que resulta oportuno citar el Concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual la Sala hizo un estudio sobre la analogía en el ámbito del derecho público y la posibilidad de su uso dentro del marco del principio de legalidad.

En esa oportunidad, la Sala expresó lo siguiente:

"(...) la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

"Artículo 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es *la aplicación de la ley* a situaciones no contempladas expresamente en ella, "pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma".

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho<sup>492</sup>. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin

<sup>492</sup> Sentencia SU-975 de 2003: "El principio de la analogía, o argumento a *simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera".

embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra "493".

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público -de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

"El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho.

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado". 494

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria<sup>495</sup>, sancionatoria<sup>496</sup>, de inhabilidades e incompatibilidades<sup>497</sup> y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas<sup>498</sup> o prohibitivas<sup>499</sup>.

<sup>493</sup> Sentencia T-734 de 2013.

<sup>494</sup> Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación número: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, exp. 1992-4158: "En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger".

<sup>495</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, exp. 2000-0718.

<sup>496</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, exp. 2002-0117.

<sup>497</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, exp. 2009-00103.

<sup>498</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp.1995-1471.

<sup>&</sup>quot;En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente". (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, exp. 2003-00126: "A ello cabe agregar que (...) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor 'Los partículares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes', de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión".

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, "no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley"500.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional reiteró recientemente que cuando se recurre a la analogía legis o a la analogía iuris para resolver una determinada cuestión de derecho<sup>501</sup>, "en realidad [se] aplica la "ley", pues "las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley"<sup>502</sup>. De este modo, se ha aclarado que la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho -como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos- sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la "Constitución y la ley" (artículo 230 C.P.) <sup>503</sup>.

En consecuencia, cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aun cuando esta tiene rango constitucional. De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2º y 34 CPA-CA). Por tanto, bien sea por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el cumplimiento de sus funciones (artículo 6º C.P.).

Además, el propio CPACA consagra principios orientadores que como indica su artículo 3º sirven a las autoridades para "interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos".

<sup>500</sup> Sentencia C-083 de 1995: "(...) la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación".

<sup>&</sup>quot;Cuando el juez razona por analogía, aplica la <u>ley</u> a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que si lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como 'analogia legis', y se la contrasta con la 'analogia juris' en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada". (Sentencia C-083 de 1995)

<sup>502</sup> Sentencia C-284 de 2015.

<sup>503</sup> Ibídem.

En el evento de la aplicación de la Ley 1904 de 2018 sobre la elección del Contralor General de la República, se observa que el parágrafo transitorio del artículo 12 ordena la aplicación de la analogía a las demás elecciones de servidores públicos por corporaciones públicas, y en realidad, se cumplen a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía, a saber: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

# D. La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

La Ley 1904 del 27 de junio de 2018, "Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República", dispone en su artículo 12 lo siguiente:

**"Artículo 12. Vigencia y derogaciones.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación<sup>504</sup> y deroga todas (sic) disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

**Parágrafo transitorio.** Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, <u>la presente ley se aplicará por analogía"</u>. (Subraya la Sala).

El verbo rector "aplicar" que utiliza el parágrafo transitorio del artículo 12, está empleado en tiempo futuro: "se aplicará", de manera que hay un mandato de aplicar la analogía en las demás elecciones de servidores públicos, es decir, distintas a las del Contralor General de la República (arts. 1 y ss.) y los Contralores departamentales, distritales y municipales (art. 11), atribuidas a las corporaciones públicas, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política.

Así las cosas, ante la pregunta de la consulta, la Sala encuentra que en el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 12 de esta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado parágrafo transitorio.

Resulta pertinente mencionar que el artículo 6º de la Ley 1904 de 2018 establece las etapas del proceso de selección, así:

### "Artículo 6º. Etapas del Proceso de Selección:

El proceso para elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:

- La convocatoria.
- 2. La inscripción.
- 3. Lista de elegidos (sic, en el numeral 3 de la norma se habla de "aspirantes admitidos a la convocatoria pública").
- Pruebas.
- 5. Criterios de selección.
- 6. Entrevista.
- 7. La conformación de la lista de seleccionados, y
- 8. Elección.

*(...)*".

El mismo artículo 6º detalla las seis primeras etapas y los artículos 7º a 10 de la citada ley establecen la conformación y funciones de una Comisión Accidental de la corporación para definir la lista de elegibles, y la fijación por parte de la Mesa Directiva, de la fecha y hora de la elección.

Ahora bien, en la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar, de manera analógica, la Ley 1904 de 2018, de modo que en las disposiciones referentes al procedimiento de selección en las cuales se menciona al Congreso de la República, se debe entender que se alude al Concejo Municipal, y en donde se habla de la Mesa Directiva del Congreso se debe hacer la equivalencia con la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

En otras palabras, en la aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, en el caso analizado, se deben aplicar las disposiciones de dicha ley que resultan pertinentes a la elección del Secretario del Concejo Municipal.

En este orden de ideas, la Sala considera necesario anotar que en la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, los Concejos Municipales deben tener en cuenta la categoría y la complejidad de los municipios, para efectuar la elección del Secretario de la corporación, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adapten el procedimiento establecido en la misma, a las condiciones sociales y económicas del municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna.

En este punto, la Sala estima oportuno mencionar que el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución al señalar que "la elección de los servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley", no hizo ninguna distinción o precisión respecto de los servidores públicos y las corporaciones públicas, de manera que no se pueden hacer distinciones en este caso, conforme al aforismo latino que dice que "Donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete distinguir"505.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo expresado sobre la aplicación de la analogía para que los Concejos Municipales procedan a elegir a sus Secretarios, la Sala desea reiterar la exhortación respetuosa hecha al Congreso de la República y al Gobierno nacional, mediante el Concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

"(...) la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado exhorta al Congreso de la República y al Gobierno nacional para que si aún no se hubiere hecho, tramiten en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267<sup>506</sup> y 272 de la Constitución Política.

Advierte la Sala que estas disposiciones imponen el deber claro y expreso al Congreso de la República de expedir una ley que regule de manera específica y diferenciada la convocatoria pública, razón por la cual no es una opción constitucionalmente válida omitir su cumplimiento. En el logro de dicho fin está comprometido también el Gobierno nacional, en virtud del deber constitucional de colaboración (artículo 113) y de la calidad que tiene el Presidente de la República de "suprema autoridad administrativa" (artículo 189), condición esta que lo obliga a velar por el mejor cumplimiento posible de la función administrativa en todos sus niveles.

No sobra advertir que la tramitación de esta ley reviste urgencia, pues más allá de que los próximos contralores territoriales puedan elegirse con base en normas legales aplicadas por analogía, es posible que se presenten renuncias o vacantes definitivas en los próximos años, lo que exigirá nuevamente la aplicación de una convocatoria pública. Además, de la ley que desarrolle el artículo 126 de la Constitución Política, depende también la elección de otros diversos servidores públicos, por lo que su expedición es un imperativo constitucional irrenunciable para el Congreso de la República y el Gobierno nacional.

Para estos efectos la Sala, en desarrollo de su función consultiva y de preparación y revisión de textos normativos, estará atenta a prestar la colaboración que se estime necesaria por parte del Gobierno nacional".

<sup>&</sup>quot;Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus': Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir". Derecho Usual. Eduardo Rodríguez Piñeres. Editorial Temis, Bogotá, 1973, p. 436.

Cabe anotar que en el Proyecto de Acto Legislativo No. 18 de 2014 – Senado, "Por medio del cual se adopta una reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones", se incluyó la norma que finalmente, con algunas modificaciones, se convirtió en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, pero en ella se mencionaban los servidores públicos y las corporaciones públicas en general, sin hacer distinciones, y en la correspondiente Exposición de Motivos no se hizo una precisión o explicación sobre esta norma específica. Gaceta del Congreso No. 458 del 3 de septiembre de 2014, páginas 1 a 12.

<sup>506</sup> La Sala hace ahora, la salvedad del artículo 267 superior, el cual establece la convocatoria pública previa a la elección del Contralor General de la República, por cuanto esta ya fue reglamentada específicamente por la Ley 1904 de 2018, como se ha indicado en el presente concepto.

Por último, la Sala deja en claro que el presente concepto es aplicable <u>únicamente</u> a los Secretarios de los Concejos Municipales, sobre los cuales versa esta consulta, por cuanto si se trata de la elección de otros servidores públicos por parte de corporaciones públicas, será necesario estudiar <u>en cada caso</u>, la normatividad aplicable específicamente y analizar si es procedente o no la aplicación de la analogía.

#### III. LA SALA RESPONDE

"¿Teniendo en cuenta que el secretario del concejo es de elección de la respectiva corporación, se consulta si para el procedimiento de la elección se debe aplicar lo señalado en la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018?"

Para el procedimiento de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar la analogía prevista en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, y por tanto, tienen aplicación las disposiciones de esta ley que resulten pertinentes a dicha elección, mientras el Congreso de la República la regula, conforme a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política.

La Sala deja en claro que el presente concepto es aplicable <u>únicamente</u> a los Secretarios de los Concejos Municipales, sobre los cuales versa esta consulta, por cuanto si se trata de la elección de otros servidores públicos por parte de corporaciones públicas, será necesario estudiar <u>en cada caso</u>, la normatividad aplicable específicamente y analizar si es procedente o no la aplicación de la analogía.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

# III. CONTRATACIÓN ESTATAL

1. Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex). Régimen de contratación. Efectividad de las multas y garantías.

#### Radicado 2312

Fecha: 3/10/2017

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de noviembre de 2018

El señor Ministro de Educación Nacional (E) formula a la Sala una consulta relacionada con la gestión contractual del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex), en particular, con la efectividad de multas pactadas y las pólizas de cumplimiento que amparan los contratos en las que ese instituto es parte.

#### I. ANTECEDENTES

Manifiesta la consulta que mediante la Ley 1002 de 2005, el Icetex se transformó en una entidad financiera de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional.

En cuanto a su régimen contractual, afirma que el artículo 8 de esa ley dispuso que los contratos del Icetex se sujetarán al derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la función administrativa. Dado el régimen de derecho privado que la rige, el Icetex no aplica las disposiciones de la Ley 80 de 1993 relativas a las "potestades y cláusulas excepcionales conferidas a las autoridades administrativas, ni hace uso del poder sancionatorio del estado", en concordancia con pronunciamientos del Consejo de Estado que, según el ministerio consultante, prohíjan tal posición jurídica.

De esta manera, en los contratos que suscribe actualmente el Icetex se está exigiendo como garantía la "póliza de cumplimiento ante entidades estatales con régimen privado de contratación". Afirmó que en un caso de presunto incumplimiento contractual el Icetex consultó a la Aseguradora del contrato el trámite que debía adelantar para la reclamación del siniestro, ante lo cual la compañía informó que, por tratarse de una póliza emitida a favor de una entidad estatal, para la afectividad del amparo debía emitir previamente un acto administrativo declarando el incumplimiento del contrato.

No obstante, de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado citados en la consulta<sup>507</sup>, relativos a la imposición de multas y declaratorias de incumplimiento, el Icetex considera que no está facultado legalmente para ejercer la potestad sancionatoria (imponer multas) ni para emitir el acto administrativo declarativo del incumplimiento y, en consecuencia, no ha podido cumplir con ese requisito exigido por la Aseguradora.

Ante esta problemática, el Icetex consultó el tema a Fasecolda (como entidad que representa la actividad del sector asegurador), quien sugirió una póliza con "clausulado de

<sup>507</sup> Sentencias de la Sección Tercera de esta Corporación radicadas bajo los números 9.288 del 21 de octubre de 1994, 24.639 del 23 de septiembre de 2009, 15.476 del 28 de septiembre de 2011 y 29.165 del 14 de noviembre de 2014.

seguro de cumplimiento ante entidades públicas con régimen privado de contratación" y en cuanto a la forma de hacer exigible la póliza, manifestó: "El Icetex, actuando como un particular, en calidad de asegurado en el seguro de cumplimiento, debe realizar la reclamación ante la aseguradora conforme lo establece el Código de Comercio, esto es, realizando la correspondiente solicitud de pago del siniestro para lo cual debe acreditar su ocurrencia y cuantía en atención a lo previsto en el artículo 1077 de esta normatividad".

Con base en las anteriores consideraciones, el señor Ministro de Educación Nacional (E) formula las siguientes

#### PREGUNTAS:

- "¿Puede el Icetex expedir actos administrativos declarando el incumplimiento para hacer exigible la póliza que ampara el contrato, o imponer las multas pactadas?
  - En caso afirmativo: ¿cuál sería el fundamento y cuál el procedimiento a seguir?
  - En caso negativo: ¿cuál es la vía legal más expedita que puede utilizar el Icetex para exigir el cumplimiento de los contratos e imponer las multas?"
- "¿Las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual ante entidades estatales con régimen privado de contratación requieren acto administrativo previo que declare el incumplimiento o el respectivo siniestro para reclamar el amparo?"
- 3. "¿Qué tipo de póliza puede exigirle el Icetex a sus contratistas, como entidad de naturaleza especial regida por derecho privado en el ámbito contractual, para poder reclamar y hacer efectivos los amparos de cumplimiento y demás riesgos, sin necesidad de emitir un acto administrativo de incumplimiento previo?"
- 4. "¡Cuál sería la denominación de esa póliza?"
- 5. "¿Cuál es la forma idónea para que el Icetex, actuando en contratos que se rigen por el derecho privado, pueda realizar la reclamación ante la aseguradora para obtener el reconocimiento de los amparos de la póliza, sin tener que acudir a la jurisdicción?"
- 6. "¿Tiene el Icetex mecanismos legales diferentes al proceso judicial y a la reclamación ante la aseguradora para hacer exigible el pago de la cláusula penal pecuniaria y multas pactadas en los contratos, en caso de eventuales incumplimientos?"

Con posterioridad a la radicación de la consulta, el ministerio remitió, por solicitud del despacho del Consejero Ponente, documentación relacionada con la póliza de cumplimiento "ante entidades estatales con régimen privado de contratación".

#### II. CONSIDERACIONES

## A. Problema jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas se extraen que la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos: *i)* ¿El Icetex tiene competencia para declarar el incumplimiento para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento que amparan los contratos que celebre? y *ii)* ¿El Icetex puede expedir actos administrativos que impongan unilateralmente las multas pactadas en los contratos que celebre y la cláusula penal pecuniaria? En caso contrario ¿qué instrumentos jurídicos tiene el Icetex para hacer exigibles tales multas y penas pecuniarias?

Para resolver la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* reglas generales que determinan el régimen jurídico aplicable a los contratos estatales; *ii)* naturaleza jurídica y objeto del Icetex; *iii)* el régimen contractual aplicable al Icetex, y *iv)* prevención del riesgo de incumplimiento por parte del Icetex e instrumentos jurídicos para el efecto.

# B. Reglas generales que determinan el régimen jurídico aplicable a los contratos estatales: Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007

## 1. Ley 80 de 1993<sup>508</sup>

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, el Estatuto), contenido en la Ley 80 de 1993, prevé un ámbito integrador al incorporar al derecho contractual estatal las disposiciones "comerciales y civiles pertinentes" según los artículos 13 y 40 del Estatuto. Por tal razón, los contratos estatales se regirán por el derecho común, salvo en las materias particularmente reguladas por dicho Estatuto, lo que permite afirmar que "mediante la Ley 80, se pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado." 509

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, aunque en una definición poco precisa, establece que los contratos estatales son "...todos los <u>actos jurídicos [bilaterales]<sup>510</sup>, generadores de obligaciones</u> que celebren las entidades a que se refiere este estatuto [art. 2], <u>previstos en el derecho privado</u> o en <u>disposiciones especiales</u>, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad..." (Los corchetes y el subrayado son de la Sala).

De lo expuesto, y teniendo en cuenta ese régimen jurídico mixto que lo configura, podría decirse, al amparo de las disposiciones citadas, que el contrato estatal, en sentido

<sup>508</sup> Publicada en el Diario Oficial 41.094 del 28 de octubre de 1993. La mayoría de sus disposiciones comenzaron a regir el 1 de enero de 1994, por expreso mandato del artículo 81 ibídem.

<sup>509</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, exp. S - 701.

<sup>510</sup> Esta norma es equívoca, toda vez que al mencionar simplemente la expresión "actos jurídicos" puede pensarse que incluye a los unilaterales, lo cual seria incorrecto en la medida en que, siguiendo la noción general de contrato, debe precisarse que esta categoría solo comprende los "actos jurídicos bilaterales". El contrato sí es un acto jurídico, pero no cualquiera; se trata de un acto jurídico bilateral que surge del acuerdo de voluntades, en el cual las partes que lo celebran tienen derechos y obligaciones reciprocas.

amplio, es el negocio jurídico<sup>511</sup> de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, esto es, un acto bilateral en el que una parte (el contratista particular u otra entidad estatal) se obliga para con otra (entidad estatal contratante) a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor, o es un acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

Ahora bien, como el contrato estatal se equipara al acuerdo de voluntades en que uno de los extremos es una entidad pública, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, no solo pertenecen a esta categoría los celebrados por las entidades reguladas por la Ley 80 de 1993, sino también aquellos en los que interviene como parte cualquier entidad pública que tenga un régimen especial. Es decir, al adoptar un criterio orgánico o subjetivo, en el que la sola presencia de una entidad estatal como parte del mismo le imprime al negocio jurídico la naturaleza o categoría jurídica de contrato estatal<sup>512</sup>, "tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: 1. Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993. 2. Contratos estatales especiales...".<sup>513</sup>

A su vez, el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 señalaba: "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al **giro ordinario de las actividades propias de su objeto social**, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades".

La Sala en el Concepto 1488 de 2003, al interpretar el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 afirmó que, en virtud de la regla especial allí prevista, los actos y contratos se someterán al régimen que corresponda según "se encuentren o no dentro del giro ordinario de los negocios sociales":

"Así las cosas, **el Banco** tiene plena competencia para fijar los topes de la contratación objeto de licitación y para señalar los procedimientos de selección de la contratación que se rija por el derecho privado, siempre y cuando se observen los principios de contratación generales aplicables. Los procesos de selección de los

<sup>511</sup> Es un negocio jurídico, en el sentido de que es el resultado de un acto dispositivo o de autorregulación de intereses con efectos jurídicos: crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. En efecto, "...el negocio jurídico es un acto de autornema privada jurídicamente relevante; acto de autorregulación de los propios intereses: la ley no delimita totalmente su contenido, señala orientaciones y limites a la actividad dispositiva, indaga sobre su observancia y, no hallando reparo que formular, interpreta el comportamiento, lo ubica dentro del marco de circunstancias en que se realizó y, una vez encasillado dentro de uno de los tipos socialmente reconocidos, le asigna los efectos que mejor correspondan a la determinación particular así alindado y calificada". Hinestrosa, Fernando, Tratado de las Obligaciones II De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 107. Cabe advertir que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Código Civil no hay mención expresa del negocio jurídico, pero, sin duda, se trata de una categoría o fuente de las obligaciones cuya recepción del derecho italiano y germano es plenamente aceptada en nuestro medio, máxime cuando el término negocio jurídico además de sus referencias expresas en la jurisprudencia y la doctrina nacional, desde el punto de vista del derecho positivo está incorporado, aunque sin definición alguna, en el Código de Comercio, donde es empleado en el sentido referido, por ejemplo, en algunos artículos relacionados con la representación (832, 833, 836, 838, 842), la oferta (845), el contrato (855), su ineficacia (898, 899, 900, 901, 902, 903) y en la fiducia (1226).

<sup>512</sup> Con las precisiones anotadas, puede sostenerse que la noción contrato estatal que trae la Ley 80 de 1993, significó igualmente la eliminación de la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración que en su momento impuso el Decreto Ley 222 de 1983.

<sup>513</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2001, Exp. n.º 16661.

contratistas que se requieran para el desarrollo de aquellas actividades que **no se encuentren dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social**, se regirá en un todo por la ley 80 de 1993, incluyendo, obviamente, lo señalado en materia de cuantías en el artículo 24 de dicho estatuto...". (Se resalta).

Las reglas aplicables a la contratación de las entidades estatales, en particular las sometidas a regímenes especiales, se modificaron sustancialmente con la Ley 1150 de 2007, según se explica a continuación.

# 2. Ley 1150 de 2007<sup>514</sup>

Debido a las dificultades que en la práctica generó el concepto jurídico indeterminado "giro ordinario de las actividades propias de su objeto social" prevista en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1983 y, en particular, lo relacionado con los contratos correspondientes al objeto conexo a los que aludía el Decreto Reglamentario 679 de 1994 (art. 21), se buscó con el proyecto modificatorio de la Ley 80, que posteriormente se convirtió en la Ley 1150, superar dicha problemática<sup>515</sup>.

En tal sentido, el artículo 15 de la Ley 1150, que sustituyó el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"Artículo. 15. Del Régimen Contractual de las Entidades Financieras Estatales. El parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

Artículo 32.

(...)

Parágrafo 1°. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y <u>las demás entidades financieras de carácter estatal</u>, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley". (Se subraya).

Como se observa, la norma citada alude a unos sujetos específicos (establecimientos de crédito, compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal), para **excluir** su actividad contractual de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, la cual queda sometida a las normas generales o especiales que rigen la actividad financiera propia de su objeto, criterio que también ha sido reconocido por la doctrina:

<sup>514 &</sup>quot;Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

<sup>515</sup> Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia, anotaciones sobre la Ley 1150 y su reglamentación. Bogotá, 2009, Editorial Legis, pp. 117 a 121.

"Las dificultades prácticas a que atrás se hizo alusión, condujeron a la modificación de la referida norma, lo cual aconteció mediante el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007. De manera sencilla y para evitar equívocos indicó que todos los contratos que celebren las entidades financieras y de seguros estatales, sin entrar a determinar si caen o no dentro del giro ordinario de sus negocios, se regirán por las disposiciones aplicables a dichas actividades y no por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007"<sup>516</sup>.

Aunque las personas jurídicas estatales dedicadas a la actividad financiera y aseguradora estén excluidas del Estatuto, ello no significa que sean ajenas a las disposiciones de derecho público, ya que así lo manda el artículo 13 de la Ley 1150, cuya aplicación es ordenada por el inciso final del artículo 15 ibídem, así:

**"Artículo 13.** Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal". (Se subraya).

De esta forma, no cabe duda de que los establecimientos de crédito, compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal, no están sometidas al Estatuto, criterio que también ha sido expuesto por la doctrina, al comentar el referido artículo 15 de la Ley 1150:

#### "15.2 Alcance

Con la norma de la reforma que se comenta, queda claro que la totalidad de la contratación desarrollada por esta clase de entidades pasa a regirse por las disposiciones propias de sus actividades, esto es, por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por el Código de Comercio.

Lo anterior resulta concordante con el tratamiento que la reforma da a las empresas públicas, en el artículo 14. Ello, desde luego, no obsta para que se apliquen los principios del artículo 13 a los que la propia norma mencionada alude y a cuyo comentario nos remitimos"<sup>517</sup>.

En consecuencia, a partir de la Ley 1150 de 2007 el régimen contractual de las entidades estatales podría sintetizarse así:

a. Entidades sometidas en su integridad al Estatuto (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones);

<sup>516</sup> Dávila Vinueza, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá DC. 2016, p. 64. 517 Suárez Beltrán, op. cit., p. 121.

- b. Entidades que cuentan con un régimen excepcional al del citado Estatuto, sometidas a regímenes especiales de contratación con aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades legalmente establecido para la contratación estatal, y
- c. Entidades no sujetas al Estatuto, las cuales se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad (industrial, comercial o financiera, según el caso), y que aplican, "en todo caso", los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades legalmente establecido para la contratación estatal. En este grupo de entidades está incluido el Icetex.

Dicho lo anterior y, en atención al objeto de la consulta relacionado con la potestad unilateral de declarar el incumplimiento para hacer efectivas las garantías, las multas y cláusulas penales pactadas en sus contratos, su procedencia estará sometida a las reglas del régimen contractual aplicable, según se explica a continuación.

# 3. Declaratoria de incumplimiento para la efectividad de las garantías, multas y cláusula penal

# 3.1. En las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Como lo señaló la Sala en el Concepto 2157 de 2013, el régimen actualmente vigente en relación con las potestades unilaterales de declaratoria de incumplimiento, imposición de multas pactadas, efectividad de la cláusula penal y garantías pactadas, se encuentra en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y tiene como finalidad garantizar la prevalencia y protección del interés público en la actividad contractual de la Administración.

En tal contexto, el artículo 17 de la Ley 1150 calificó las entidades contratantes que pueden hacer uso de las mencionadas potestades exorbitantes: "las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"<sup>518</sup>.

La competencia administrativa prevista en la Ley 1150 de 2007, fue reiterada por la Ley 1474 de 2011<sup>519</sup>, al establecer en el artículo 86 un procedimiento para el ejercicio válido de

<sup>&</sup>quot;Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, <u>se harán efectivas directamente por las entidades estatales</u>, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, <u>cobro de la garantía</u>, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva..." (Subraya la Sala).

<sup>519 &</sup>quot;Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

esas potestades, mediante la expedición de los actos administrativos correspondientes<sup>520</sup>, en virtud a la preeminencia jurídica que la entidad contratante tiene sobre el contratista.

En efecto, el Estatuto concede a la Administración una especial posición de mando -im-perium- en el contrato estatal, privilegiada o de superioridad jurídica y, al contratista lo ubica en una relación de subordinación frente a ella. De esta manera, la declaratoria uni-lateral de incumplimiento para la efectividad de las multas, cláusula penal y garantías pactadas, son un conjunto de privilegios y prerrogativas de poder público con el fin de hacer prevalecer y proteger el interés general en la actividad contractual frente al interés particular, rompiendo así el principio de igualdad entre las partes.

3.2. Entidades estatales con un régimen excepcional al del Estatuto, sometidas a regímenes especiales de contratación con aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (artículos 209 y 267 C.P.)

Como lo sostuvo la Sala en el concepto 2157 de 2013, el establecimiento y pacto de multas y cláusula penal como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante, así como de la posibilidad de hacerlas efectivas directamente. Mientras la estipulación de las multas y de la pena obedece y dimana de la autonomía de la voluntad, una vez pactadas su imposición unilateral mediante acto administrativo es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa<sup>521</sup> que debe estar prevista expresamente en la ley.

Desde esta perspectiva, la imposición unilateral de multas y efectividad de la cláusula penal al tratarse de una competencia pública debe fundarse en el principio de legalidad previsto en los artículos 6, 121 y 122 C.P., como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, en caso de incumplimiento del contratista y ante la **ausencia de ley que expresamente** otorgue competencia a la Administración para la imposición unilateral de las multas pactadas y la declaratoria unilateral de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, las entidades estatales exceptuadas del Estatuto por estar sometidas a un régimen especial, no tienen posibilidad jurídica para expedir actos administrativos sobre las señaladas materias.

<sup>520 &</sup>quot;Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)".

<sup>521</sup> Ley 489, artículo 5: "Competencia Administrativa. Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo".

Por otra parte, en cuanto a la competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro por incumplimiento del contrato y hacer exigible la póliza constituida a su favor, la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1997 hasta la fecha, ha señalado que se trata de una facultad administrativa reconocida en forma amplia a las entidades, incluso cuando el régimen del contrato sea el del derecho privado y no le sea aplicable el Estatuto, debido a que la ley no distingue. Su fundamento se deriva de la naturaleza pública de la entidad contratante y de los poderes con que el ordenamiento jurídico la inviste en los numerales 3 y 4 del artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>522</sup> (antiguos numerales 4 y 5 del artículo 68 del CCA<sup>523</sup>).

De lo expuesto brevemente, se impone concluir que se está en presencia de un poder de autotutela declarativa<sup>524</sup> de la Administración en materia de contratación estatal que le permite a las entidades estatales por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro del incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual en los contratos estatales con independencia del régimen de derecho que les resulte aplicable. En la sentencia del 6 de julio de 2015, exp. 40789, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó:

"Las Resoluciones Nº 331613 de 11 de julio de 2003 y Nº 348838 de 6 de octubre de 2003, la primera de las cuales comprendía la decisión de declarar la "realización del riesgo amparado", y la segunda que confirmaba la anterior, las dos expedidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP, considera la Sala que se comprenden como actos administrativos propiamente dichos por las siguientes razones: (1) se produjeron como resultado del ejercicio de funciones administrativas atribuidas excepcionalísimamente por ministerio de la ley a una empresas de prestación de servicios públicos como Empresas Públicas de Medellín ESP; (2) se encuadra dicha atribución de funciones administrativas en lo consagrado en el numeral 4º del artículo 68 y en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], ya que al declararse la realización del siniestro por medio de la Resolución Nº 331613, de 11 de julio de 2003, hace desprender su naturaleza excepcionalísima de acto administrativo al hacer exigible la póliza de garantía de cumplimiento, ya que como efecto jurídico que produce prestará mérito ejecutivo por la jurisdicción coactiva [al incorporar una obligación clara, expresa y actualmente exigible]; (3) como la anterior Resolución quedó confirmada con la Nº 348838 de 6 de octubre de 2003, en firme dicha decisión como acto administrativo que se reconoce, será suficiente por sí mismo para que pueda ejecutar la empresa demandada los actos necesarios para su cumplimiento; (4) con otras palabras, la decisión adoptada por

<sup>522</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de abril de 2014, Exp. n.º 25.801 y 13 de noviembre de 2014, Exp. n.º 26.901, esta última con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>523</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 10 de julio de 1997, Exp. n.º 9286; de 3 de mayo del 2001, Exp. n.º 12724; 14 de abril de 2005, Exp. n.º 14.583; 6 de junio de 2007, Exp. n.º 30.565.

<sup>&</sup>quot;Cuando una empresa o administración privada es acreedora de una deuda que no es satisfecha voluntariamente por el obligado al pago, para ejecutarla coactivamente no tiene más remedio que acudir a los Tribunales para que éstos declaren primero que la deuda existe, es líquida y exigible (heterotutela declarativa), y para que después impongan coactivamente al deudor el pago de lo debido (heterotutela ejecutiva); la administración privada no puede ejecutar por sí misma esa deuda, sino que imperativamente precisa de la intervención judicial. En cambio, cuando la Administración Pública es acreedora de una deuda tributaria no necesita acudir a los Tribunales para que se declare la existencia, liquidez y exigibilidad de la deuda (autotutela declarativa) ni para ejecutarla coactivamente (autotutela ejecutiva). En primera instancia no corresponde a los Tribunales la garantía de la eficacia práctica de las potestades de la Administración Pública, sino que el ordenamiento jurídico confiere a estas últimas una posición de privilegio desde la cual pueden ejecutar inmediatamente sus decisiones sin necesidad de intervención judicial; esa posición de privilegio se conoce como privilegio de ejecución u oficio o autotutela administrativa". (Blanquer David. Introducción al Derecho Administrativo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, p. 140).

Empresas Públicas de Medellín ESP de declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de garantía de cumplimiento que está llamada a sufragar Seguros del Estado S.A., es uno de aquellos eventos excepcionalísimos en los que se entiende que para no afectar la materialización efectiva del servicio público que presta, la mencionada empresa ejerce expresas funciones administrativas, produciendo como manifestación concreta o específica, de carácter unilateral [en la gue no participa como destinataria ni la aseguradora demandante, ni el sujeto contratista], que contiene una expresión de voluntad, en ejercicio de la atribución de la función administrativa definida por el numeral 4º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la jurisdicción coactiva; y, (5) así mismo, los actos administrativos de declaratoria de realización de siniestro, y su confirmatorio, son de esta naturaleza jurídica excepcionalmente cuando se deba procurar garantizar la materialización efectiva de la prestación del servicio público, siendo un fin que por determinación constitucional en el artículo 2 y por ministerio legal [ley 142 de 1994, artículo 11.1] representa el ejercicio de funciones administrativas cuando deba adoptarse decisiones que como las que se debate en el presente caso estaban relacionadas con una actividad de la que dependía la prestación eficiente del servicio en cabeza de las Empresas Públicas de Medellín ESP..."525. (Se subraya).

En la jurisprudencia citada se observa que a pesar de tratarse de una entidad estatal sometida a un régimen especial de contratación<sup>526</sup>, el ejercicio de prerrogativas unilaterales está autorizado por la ley y se fundamenta en la función administrativa que cumple, por lo que la entidad contratante se comporta como autoridad y, por tanto, la actuación administrativa que adelanta debe observar los principios constitucionales de la función administrativa (ar. 209 CP), el debido proceso (art. 29 CP y artículo 3 del CPACA) y, en general, las reglas legales que rigen las actuaciones administrativas, por lo que la efectividad de la garantía contractual procede una vez agotado el procedimiento fijado en la ley, con plena observancia de los derechos de defensa y contradicción del contratista y del garante.

En este sentido, reiterada jurisprudencia la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual no tiene carácter sancionatorio<sup>527</sup>. A título de ejemplo se cita la sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810, C.P., Ruth Stella Correa Palacio:

"Para la Corporación ha sido claro que frente a los contratos estatales, la administración goza de la facultad de declarar el siniestro de una póliza mediante un acto administrativo unilateral, potestad que no es sancionatoria ni se reduce a algunos tipos de amparos de la póliza o garantía, y que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual, pues sitúa a la entidad en una posición de

<sup>525</sup> También puede consultarse la sentencia de la Sección Tercera del 19 de agosto de 2009, exp. 21432.

<sup>526</sup> La ley 142 de 1994, dispone: "Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

<sup>527</sup> Cfr. Sentencias del 3 de mayo del 2001, exp. 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque y del 27 de marzo de 2014, exp. 29857, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

privilegio, dado que le basta la expedición del acto debidamente motivado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución".

De esta manera, las entidades excluidas de las disposiciones del Estatuto deberán acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para proferir el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

3.3. Entidades estatales no sujetas al Estatuto, las cuales se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad (industrial, comercial o financiera, según el caso), y que aplican, "en todo caso", los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política

La Sala estima que respecto de este tipo de entidades, y dada la actividad en competencia con el sector privado que desarrollan, el Legislador ha previsto que su régimen contractual corresponda al de las personas privadas con las que compiten en los sectores industrial, comercial o financiero, y por lo mismo, sus contratos se rigen por el derecho privado, por lo que resulta ajeno a dichas entidades estatales expedir actos administrativos que declaren el incumplimiento para la imposición de multas o la efectividad de la cláusula penal pactadas.

Entonces, a partir de la vigencia de Ley 1150 de 2007, las entidades estatales no sujetas al Estatuto en razón de su **actividad** industrial, comercial o financiera, según el caso, tienen un régimen contractual que se caracteriza:

- a. Por estar sometido a las normas generales y especiales que rigen la actividad industrial, comercial y financiera propia de su objeto, tales como el Código de Comercio y el Código Civil (derecho privado), así como al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para las entidades que desarrollan ese objeto;
- Por lo mismo, su actividad contractual está excluida de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan),
- c. Lo anterior sin perjuicio de que por expreso mandato de los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007, apliquen los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades legalmente establecido para la contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011).

En cuanto a la efectividad de las garantías, la Sala estima que por regla general resultan aplicables los criterios expuestos en el numeral 3.2. sobre el poder de autotutela

declarativa de la Administración en materia de contratación estatal que le permite a las entidades estatales por sí y ante sí, mediante acto administrativo, declarar la ocurrencia del siniestro del incumplimiento para hacer efectiva la garantía contractual exigida con independencia del régimen de derecho que les resulte aplicable, toda vez que su fundamento se deriva de la naturaleza pública de la entidad contratante y de los poderes con que el ordenamiento jurídico la inviste en los numerales 3 y 4 del artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Precisado lo anterior, debe la Sala analizar el caso concreto sometido a consulta en relación con el Icetex, por lo que corresponde dilucidar la naturaleza jurídica y objeto de esa entidad, para luego descender al régimen contractual aplicable a su actividad.

## A. Naturaleza jurídica y objeto del Icetex

#### 1. Creación

En 1950 es creado por el Decreto 2586 con el nombre de Instituto Colombiano de Especialización Técnica en el Exterior, y fue reorganizado mediante el Decreto Ley 3155 de 1968 bajo la denominación de Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, como establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Icetex fue reestructurado mediante los Decretos 2129 de 1992 y 276 de 2004, sin que su naturaleza jurídica hubiere variado en esos momentos.

# 2. Naturaleza jurídica actual

El Gobierno nacional, a través del Ministro de Educación Nacional, presentó el proyecto de ley 289 de 2005 – Senado, con el propósito de *"transformar"* el Icetex. Se afirmó en la exposición de motivos, lo siguiente:

"Dada su naturaleza jurídica, el Icetex está sujeto a las restricciones que le impone el ejercicio de programación macroeconómica del ámbito fiscal, planteadas por la estructura de la hacienda pública colombiana, lo cual visto a futuro, se traduce en un crecimiento <u>vegetativo</u> de los créditos como ocurrió a lo largo de la vida del Icetex, frente a una <u>demanda creciente de crédito para la educación superior</u>.

Por lo anterior, la transformación del Instituto se presenta como una alternativa efectiva, con el fin de fortalecer financieramente la entidad y <u>canalizar un mayor volumen de recursos al sector educativo</u>, a través de la ampliación del portafolio de productos y servicios, tales como: operaciones de redescuento de crédito educativo para educación superior y el desarrollo de un programa de avales y garantías"<sup>528</sup>. (Se subraya).

Al tramitarse el proyecto de ley en primer debate, el informe de ponencia alude al cambio de naturaleza jurídica de establecimiento público a entidad financiera, así: "La naturaleza especial hacia la que se transforma el Icetex, se debe a que el Instituto ha venido desarrollando operaciones financieras propias de este sector, siendo una entidad pública...", y más adelante, en relación con las actividades que adelanta, agrega: "Actualmente, el Icetex desarrolla una estrategia que contiene tres líneas de financiación: Un sistema de crédito con un componente de subsidio dirigido a los estratos más bajos de la población; un sistema de préstamos que dependen de los ingresos o la capacidad de pago del deudor; y un sistema de crédito directo a las instituciones de educación superior para financiar sus programas de mejoramiento de calidad o ampliación de cobertura con equidad..."529.

Bajo este contexto se expidió la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, "Por la cual se transforma el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial y se dictan otras disposiciones"<sup>530</sup>, que en su artículo 1 dispone:

**"Artículo 1.** Transfórmese el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, creado por el Decreto 2586 de 1950, en una <u>entidad financiera de naturaleza especial, con personería jurídica,</u> autonomía administrativa y patrimonio propio, <u>vinculada</u> al Ministerio de Educación Nacional, la cual conserva la misma denominación.

Los derechos y obligaciones que a la fecha de promulgación de esta ley tenga el Icetex continuarán en favor y a cargo del mismo como entidad financiera de naturaleza especial". (Subraya la Sala)

Dado lo dispuesto en la norma transcrita, es preciso indicar que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998<sup>531</sup>, establece de manera general las entidades que forman parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, entre las que se encuentran "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". (Numeral 2, literal g)<sup>532</sup>

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la misma Ley 489 señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, además de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, así como *"las demás entidades creadas por la ley o con* 

<sup>529</sup> Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.

<sup>530</sup> Publicada en el *Diario Oficial* 46.137 del 30 de diciembre de 2005.

<sup>&</sup>quot;[P]or la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

<sup>&</sup>quot;Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

<sup>1.</sup> Del Sector Central:

<sup>(...)</sup> 

<sup>2.</sup> Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

<sup>(...)</sup> 

g) Las demás entidades administrativas...".

su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de **actividades** industriales **o comerciales** con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio".

En cuanto a la locución "entidad financiera", la Sala acude al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares proferidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se evidencia que a nivel normativo, la expresión "entidad financiera" es utilizada para denominar a las personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, las cuales son realizadas por el Icetex, según el análisis de su objeto que se realiza a continuación. No sobra mencionar que la actividad financiera es una especie del genero actividad comercial, por expresa disposición del artículo 20 del Código de Comercio<sup>533</sup>.

Conforme a lo anterior, el Icetex es una entidad financiera estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto principal es la realización de actividades financieras (comerciales), en los términos que se explican a continuación.

# 3. Objeto del Icetex

Sobre el particular, la Ley 1002 de 2005, dispone lo siguiente:

**"Artículo 2. Objeto.** El Icetex tendrá por objeto el fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de <u>mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros. El Icetex cumplirá su objeto con criterios de cobertura, calidad y pertinencia educativa, en condiciones de equidad territorial. Igualmente otorgará <u>subsidios</u> para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.</u>

En razón a su naturaleza especial, el Icetex destinará los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga, al desarrollo de su objeto. Para tal efecto creará una reserva patrimonial que se destinará de la siguiente forma:

<sup>533</sup> Artículo 20. Actos, operaciones y empresas mercantiles - concepto. Son mercantiles para todos los efectos legales:

 La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;//3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;//5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;//6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;//7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;///10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;//17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;//19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

- 1. El cuarenta por ciento (40%) para la constitución de reservas destinadas a la ampliación de <u>cobertura del crédito</u> y de los servicios del Icetex.
- 2. El treinta por ciento (30%) para la constitución de reservas destinadas a <u>otorgar</u> <u>subsidios</u> para el acceso y permanencia a la educación superior de estudiantes con bajos recursos económicos y mérito académico.
- 3. El treinta por ciento (30%) restante se destinará a incrementar el capital de la entidad.
- **Parágrafo 1.** Adiciónese el artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente numeral:
- 9. El Icetex no está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas. Tampoco podrá ser obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES.
- **Parágrafo 2.** Con el fin de garantizar los <u>subsidios</u> de que trata el presente artículo, el Icetex tendrá el régimen tributario aplicable a los establecimientos públicos.
- **Parágrafo 3.** La educación superior comprenderá entre otras, la educación tecnológica, la profesional, las especializaciones, las maestrías y la formación de posgrados en el exterior.
- **Parágrafo 4.** El Icetex ofrecerá diferentes <u>modalidades de crédito</u> para garantizar a la población la culminación de sus estudios y en todo caso <u>los intereses serán inferiores a los del mercado financiero</u>". (Subraya la Sala).

Como puede apreciarse, en la Ley 1002 el objeto del Icetex corresponde principalmente a: *i)* realizar operaciones de crédito destinados a la educación superior, y *ii)* otorgar subsidios para asegurar el acceso y permanencia en la educación superior. Dicho objeto se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1002 de 2005, que prevé:

- **"Artículo 4. Operaciones autorizadas.** Además de las funciones previstas en el Decreto ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto ley 663 de 1993 y en el Decreto 276 de 2004, en desarrollo de su objeto social, el Icetex podrá:
- 1. Realizar operaciones de descuento y redescuento relacionadas con su objeto social.
- 2. Realizar las demás actividades financieras que sean necesarias para el cumplimiento de su objeto".

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1002, dispone: "Fondo de Garantías. Modificase el numeral 6 del artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto

ley 663 de 1993, el cual quedará así: 6. Se autoriza al Icetex para crear un Fondo con el objeto de cubrir los riesgos de los créditos otorgados para el fomento de la educación, fijar las comisiones y los márgenes de cobertura".

Lo expuesto permite sostener que el objeto del Icetex es el desarrollo de actividades financieras (comerciales), a través de diferentes modalidades de crédito, existentes o que llegaren a existir en el mercado financiero, en competencia con las entidades del sector, al punto que su finalidad es ofrecer créditos con *"intereses inferiores al mercado financiero"* (par. 4, artículo 2, Ley 1002).

Ahora, el artículo 4 de la Ley 1002 extiende el objeto del Icetex no solo a lo previsto en esa ley, sino que acoge todas las funciones que le han sido otorgadas desde su creación y las adicionadas por normas posteriores, según pasa a analizarse.

## 3.1. Decreto Ley 3155 de 1968:

De conformidad con el artículo 2 de dicho decreto, para el cumplimiento de su objeto<sup>534</sup> el Icetex ejercerá las siguientes funciones:

- "a) **Conceder crédito** a estudiantes y profesionales para realizar estudios de nivel superior dentro del país, o en el exterior cuando se justifique por razón de un mayor desarrollo científico, tecnológico y cultural.
- b) Tramitar oficialmente las solicitudes de asistencia técnica relacionada con becas de estudio y entrenamiento en el exterior, que deseen presentar los organismos públicos nacionales, ante los Gobiernos extranjeros y los organismos internacionales.
- c) Recibir las ofertas de becas extranjeras que hagan al país, con el fin de divulgar dichos programas y colaborar en la óptima selección de los aspirantes.
- d) Ofrecer orientación profesional para realizar estudios en el exterior.
- e) **Administrar los fondos** públicos destinados a cubrir los gastos de estudios en el exterior de los funcionarios del estado, con las excepciones que el decreto reglamentario determine.
- f) **Administrar fondos** de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, destinados a la **financiación** de estudiantes colombianos tanto dentro del país como en el exterior.
- g) Autorizar la compra de divisas extranjeras para estudiantes domiciliados en Colombia que deseen realizar en el exterior estudios por cuenta propia, conforme a las reglamentaciones sobre la materia.

<sup>534</sup> Según dicha norma, el Icetex "tendrá como finalidad fomentar y promover el desarrollo educativo y cultural de la nación, a través de préstamos personales y otras ayudas financieras a los estudiantes y familiares, y la óptima utilización del personal de alto nivel".

- h) **Administrar** el programa de becas del Gobierno de Colombia en el exterior para artistas nacionales
- i) **Administrar los fondos** destinados a **financiar** los programas de becas para estudiantes extranjeros que deseen adelantar estudios en Colombia, y colaborar con éstos en la realización de sus programas.
- j) Ejercer supervisión académica sobre los estudiantes que gocen de los servicios de la Institución tanto dentro del país como en el exterior.
- k) Coordinar la oferta y demanda de personal especializado en el exterior para satisfacer requerimientos de recursos humanos.
- l) Patrocinar la venida al país de personal extranjero altamente calificado que pueda contribuir al desarrollo de la educación nacional.
- m) Colaborar en las investigaciones sobre recursos y requerimientos de personal de alto nivel del país.
- n) Promover el intercambio estudiantil a nivel internacional.
- ñ) **Administrar** por contrato o delegación los **fondos** destinados al sostenimiento de becas y préstamos para la educación media y superior no universitaria.
- o) Dirigir, organizar y controlar el colegio Mayor Miguel Antonio Caro, con sede en Madrid, España, y los demás programas de bienestar estudiantil que establezca el Gobierno para estudiantes colombianos en el exterior.

Parágrafo. Para el cumplimiento de sus objetivos tendrá como único criterio de selección de los aspirantes a sus servicios, el reconocimiento de la capacidad intelectual y del mérito personal". (Resalta la Sala)

Como puede apreciarse, bajo el antiguo Decreto 3155 de 1968, el Icetex podía realizar operaciones de crédito y de administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos, con la connotación que tales actividades eran consideradas como el cumplimiento de una *función administrativa* bajo las normas del derecho público en su condición de establecimiento público, por expresa disposición del artículo 5 del Decreto Ley 1050 de 1968, vigente para la época. Si la intención del Gobierno hubiese sido, para ese momento, que las actividades del Icetex fueran comerciales (*con ánimo de lucro*), lo hubiese reorganizado como empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas del derecho privado, en los términos del artículo 6 del Decreto 1050, en concordancia con el Decreto 3130 de 1968.

# 3.2. Ley 18 de 1988<sup>535</sup>

Dispone esa ley que, además de las funciones contempladas en el Decreto Ley 3155 de 1968, el Icetex podrá: "a) Captar Fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos. b) Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar". (Artículo 1).

Por su parte el artículo 2 ibídem, autorizó al Icetex para que "que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (TAE) hasta por un monto de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000.) M/cte".<sup>536</sup>.

No obstante que el Icetex continuaba con la naturaleza de establecimiento público (funciones administrativas), se observa una tendencia a profundizar la actividad financiera (comercial) de esa entidad a través de operaciones de crédito (captación de recursos del público para su colocación), las cuales estaban sometidas al control de la entonces Superintendencia Bancaria (Parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 18 de 1988). Incluso, a partir de ese momento es evidente el régimen mixto de contratación del Icetex, en parte de derecho público, por ser un establecimiento de esa naturaleza, y de derecho privado para sus actividades financieras por disposición del artículo 5 de la Ley 18, según se profundizará en el capítulo siguiente.

La mayor intervención del Icetex en actividades propias del sector financiero y su incipiente participación en el mercado fue resaltada por la Sala en el Concepto 1045 de 1997, al sostener que la Ley 18 de 1988 autorizó al Icetex "para emitir, colocar y mantener en circulación un instrumento que le permite **competir en el mercado del ahorro**: el título de ahorro educativo (TAE), cuya finalidad se circunscribe al crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior y al mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos". (Se resalta).

# 3.3. Ley 30 de 1992

"Por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", en su Título V "del régimen estudiantil", Capitulo II, en relación con el Icetex, fortaleció el Fondo de crédito educativo (artículo 112)<sup>537</sup>, creó otro fondo con recursos provenientes del presupuesto nacional para servir de garantía de los préstamos "otorgados por el sector financiero a los estudian-

<sup>535 &</sup>quot;por el cual se autoriza al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Icetex" para captar ahorro interno y se crea un título valor de régimen especial.

<sup>536</sup> Según el citado artículo 2, los TAE tienen las siguientes características: "a) son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el lcetex cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice. b) Son títulos nominativos. c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco años contados desde la fecha de su exigibilidad. d) El valor de cada título podrá ser pagado integramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.

<sup>537 &</sup>quot;Artículo 112. Para proveer y mantener un adecuado financiamiento de las matrículas y sostenimiento de los estudiantes, se fortalece el fondo de crédito educativo del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). Este fondo contará con los recursos provenientes de: a) Rentas propias del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). // b) Aportes del Presupuesto Nacional. // c) Recursos del Ahorro Educativo // d) El producto de las multas a que hace relación el artículo 48 de la presente ley. // e) Líneas de crédito nacional. // f) Líneas de crédito internacional con el aval de la Nación".

tes de Educación Superior de escasos recursos económicos" (artículo 113)<sup>538</sup>, y reiteró que los recursos fiscales de la Nación destinados a becas y créditos educativos serán administrados por el Icetex, entidad que adjudicará tales becas y créditos (artículo 114).

Se observa un fortalecimiento de la capacidad del Icetex para que mediante los fondos que administra incremente su oferta de crédito educativo, a la vez que se le permite interactuar con el sector financiero a través de una actividad típicamente mercantil como es la de ser garantes de créditos otorgados por entidades financieras, operaciones que por su naturaleza se rigen por el derecho privado.

#### 3.4. Decreto 663 de 1993

"Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración", incluyó en la Parte X la regulación de las "entidades con regímenes especiales" y dentro del Capítulo X de ese título, la relacionada con el Icetex. De esta manera, se dispone en el artículo 277 del citado decreto lo siguiente sobre su objeto:

#### "Artículo 277. Operaciones.

- 1. Operaciones autorizadas. El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, en desarrollo de su objeto social, podrá realizar, además de las funciones contempladas en su Estatuto Reorgánico, Decreto Ley 3155 de 1968, las siguientes:
- Captar fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos, y
- b. Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar...".

Por su parte, el numeral 2 del artículo 277, en su texto original, retomaba la regulación de los Títulos de Ahorro Educativo dispuesta por la Ley 88 de 1988. Dicho numeral fue modificado por el artículo 31 de la Ley 1328 de 2009, y su nuevo texto es el siguiente:

**"2. Títulos de Ahorro Educativo.** El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, está autorizado para que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (TAE) con las siguientes características:

<sup>538</sup> Artículo 113. El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), a través de un fondo creado con recursos del Presupuesto Nacional, será garante de los préstamos otorgados por el sector financiero a los estudiantes de Educación Superior de escasos recursos económicos. Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia y establecerá las comisiones que pueda cobrar el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) por este concepto.

Artículo 114. Los recursos fiscales de la Nación, destinados a becas, o a créditos educativos universitarios en Colombia, deberán ser girados exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y a él corresponde su administración. Esta entidad adjudicará los créditos y las becas teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes parámetros: a) Excelencia académica. // b) Escasez de recursos económicos del estudiante. // c) Distribución regional en proporción al número de estudiantes. // d) Distribución adecuada para todas las áreas del conocimiento. Parágrafo. Los recursos, que por cualquier concepto, reciban las distintas entidades del Estado, para ser utilizados como becas, subsidios o créditos educativos, deberán ser trasladados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex), para que éste los adjudique de conformidad a los criterios expresados en este artículo".

a) Los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el lcetex cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice.

- b) Son títulos nominativos.
- c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco (5) años contados desde la fecha de su exigibilidad.
- d) El valor de cada título podrá ser pagado íntegramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.

**Parágrafo 1o.** Las emisiones de los títulos a que se refiere el numeral 2 de este artículo requerirán de la autorización de la Junta Directiva del Icetex y el concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

**Parágrafo 20.** El monto total de las emisiones a que se refiere el numeral 2 de este artículo podrá ser hasta de una (1) vez el patrimonio neto del Icetex, determinado por la Superintendencia Financiera de Colombia".

La modificación sustancial que introduce la norma transcrita, consiste en que el monto de la emisión de TAE no está limitada a un valor prefijado (cinco mil millones de pesos, según el artículo 2 de la Ley 18 de 1988), sino que estará en función del patrimonio neto del Icetex deducido bajo las reglas de supervisión de la actividad financiera proferidas por la Superintendencia Financiera, lo que se traduce en cierta flexibilidad para la emisión de tales títulos, en la medida en que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1002 de 2005, el patrimonio del Icetex está conformado, entre otros, por el "superávit y resultados del ejercicio", lo que permite deducir que ante una mejor gestión negocial que lleve a aumentar el valor de su patrimonio neto, mayor será el monto de TAE que podrá emitir y, por lo mismo, mayor captación para, a su vez, incrementar la colocación de créditos educativos, lo que redundará en una mayor penetración en el mercado de dichos créditos. Se destaca la consolidación del ánimo de lucro que debe perseguir el Icetex en el desarrollo de su actividad financiera (comercial).

#### 3.5. Decreto 276 de 2004

"Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Mariano Ospina Pérez", Icetex, y se dictan otras disposiciones", fue proferido por el Presidente de la República con base en las funciones que especialmente le confieren el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política<sup>539</sup> y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

<sup>47 &</sup>quot;Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)
16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley...".

No obstante, el Decreto 276 fue derogado expresamente por el artículo 28 del Decreto 380 de 2007<sup>540</sup> que estableció: "**Artículo 28.** *Vigencia*. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias en <u>especial el Decreto 276 de 2004</u>". (Subraya la Sala).

En este sentido el Decreto 380 de 2007 dispone en el artículo 2 sobre las funciones del Presidente del Icetex que, a su vez, es el representante legal, lo siguiente:

"Artículo 2°. Funciones del Despacho de la Presidencia. Son funciones del Despacho de la Presidencia las previstas en el Decreto ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto ley 663 de 1993, en la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, en las leyes que expresamente se refieran al Icetex, en los estatutos y en el Régimen Especial de Inspección y Vigilancia que expida el Gobierno nacional acorde con su naturaleza de Entidad financiera de carácter especial".

Como puede apreciarse, el Decreto 380 de 2007 alude a todas las normas analizadas en el presente acápite, las cuales, según se ha explicado, establecen el objeto y funciones del Icetex, razón suficiente para concluir que las modificaciones normativas a lo largo del tiempo tienen como finalidad profundizar la participación del Icetex en el mercado del crédito educativo, a través de diferentes instrumentos financieros, al punto que de ser un establecimiento público que cumplía, por definición, funciones administrativas, pasó a tener la naturaleza jurídica de entidad financiera estatal de carácter especial y, por lo mismo, a desarrollar la actividad financiera (comercial), cuyo objeto es captar recursos provenientes del ahorro del público para colocarlos a través del crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior, la administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos educativos y el mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos mediante el instrumento financiero denominado título de ahorro educativo (TAE) y otros que expresamente se le autoricen.

El marcado carácter financiero de la actividad autorizada al Icetex, fue recogido por la Ley 1002 de 2005 al punto de que no cabe duda que se trata de una entidad financiera estatal que compite con instituciones financieras privadas por el mercado del crédito educativo.

El análisis anterior relacionado con la naturaleza jurídica y objeto del Icetex servirá de base para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra.

# B. Régimen contractual aplicable al Icetex

Como ha quedado dilucidado, el recorrido institucional del Icetex correspondió durante un largo período de tiempo a la naturaleza de establecimiento público que cumplía funciones administrativas, situación que se modificó sustancialmente al entrar en vigencia la Ley 1002 de 2005, a partir de la cual es una entidad financiera estatal de naturaleza

<sup>540 &</sup>quot;Por el cual se establece la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Mariano Ospina Pérez" lcetex y se determinan las funciones de sus dependencias".

especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto es la realización de actividades financieras (comerciales), según se ha explicado.

Corresponde verificar si el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra, se acompasa con las disposiciones especiales que establecieron las señaladas modificaciones.

#### 1. Lev 18 de 1988

Como se recordará, con dicha ley el Icetex fue autorizado para captar recursos del ahorro privado a través del instrumento financiero TAE, con el propósito de colocar los recursos captados en operaciones activas de crédito educativo y financiación de proyectos de las instituciones de educación superior. Respecto de tales operaciones se dispuso:

"Artículo 5. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los títulos autorizados en esta Ley, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas".

Puede deducirse entonces que como establecimiento público los contratos celebrados para esa época por el Icetex se regían de manera general por las normas de derecho público del Decreto - Ley 222 de 1983, vigente en su momento, y solo respecto de los contratos autorizados por la Ley 18 de 1988 se aplicaba el derecho privado por disposición del artículo 5 ibídem.

#### 2. Decreto 2129 de 1992

Fue proferido con base en las facultades del artículo 20 transitorio de la Constitución Política y tuvo por objeto la reestructuración del Icetex. En dicho decreto se estableció que Icetex "seguiría funcionando como establecimiento público del orden nacional" y cumpliría las funciones asignadas por el Decreto Ley 3155 de 2968 y la Ley 18 de 1988. En cuanto al régimen de sus contratos, el artículo 9 del Decreto 2129 disponía:

"Artículo 9°. Contratos. Los contratos que celebre el Icetex se sujetarán a las normas que rigen para los establecimientos públicos, salvo aquellos que la entidad celebre con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del Icetex, que se someterán a las reglas del derecho privado conforme a lo establecido en la Ley 18 de 1988. Se someterán también a las reglas del derecho privado los contratos que celebre la entidad para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior".

La norma transcrita ratifica lo sostenido por la Sala en el punto precedente, en el sentido de que el Icetex tenía un régimen contractual mixto, de derecho público para su funcionamiento como establecimiento público, y de derecho privado para los contratos regulados expresamente en la disposición bajo estudio.

#### 3. Decreto 663 de 1993

Dicho Decreto que comenzó a regir el 2 de mayo de 1993 (artículo 339), estableció en el numeral 8 del artículo 277: "8. Régimen de contratación. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas", lo que significa que el régimen de contratación descrito en los numerales anteriores se mantuvo.

Debe reiterarse que las normas transcritas en los tres numerales anteriores daban un tratamiento diferenciado a los contratos que celebra el Icetex para la captación de recursos y la colocación de los mismos a través del crédito educativo, los cuales se someten al derecho privado, de aquellos contratos que celebra para su funcionamiento como establecimiento público, regulados por el derecho público.

### 4. Ley 80 de 1993

En vigencia de la Ley 80 de 1993 el Icetex como establecimiento público y, por lo mismo, en su carácter de entidad estatal para efectos contractuales, según el artículo 2 de la Ley 80<sup>541</sup>, desarrollaba su actividad contractual, por regla general, bajo los mandatos de dicho Estatuto.

Lo anterior, sin perjuicio de que el Icetex celebrara contratos estatales especiales sometidos exclusivamente al **derecho privado**, por expresa disposición de normas especiales como la Ley 88 de 1988, el Decreto 2129 de 1992 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a saber:

- Los contratos celebrados con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del Icetex;
- Los contratos celebrados para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior;
- c. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos.

<sup>541 &</sup>quot;Artículo 2. De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley://1o. Se denominan entidades estatales: //a) La Nación (...); los establecimientos públicos." (Resalta la Sala).

### 5. Ley 1002 de 2005

Como se explicó en el capítulo correspondiente, mediante dicha ley se modificó la naturaleza jurídica del Icetex de establecimiento público a la de una entidad financiera estatal de naturaleza especial. En el trámite del proyecto de ley se manifestó expresamente que el "marco legal" que rige tales establecimientos "en algunas ocasiones limita la innovación en las líneas de crédito y la ampliación de cobertura en educación superior" criterio que tiene pleno respaldo en lo expuesto en párrafos precedentes, pues un establecimiento público tiene por objeto cumplir funciones administrativas y para el 2005 la gestión principal del Icetex giraba en torno a la actividad financiera. Entonces se propuso en el proyecto de ley 289 de 2005 – Senado, la siguiente norma:

"Artículo 9. Régimen jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica, estarán sujetos a las reglas del derecho privado. Los actos que realice para el cumplimiento de las **funciones administrativas** que le confían la ley y los estatutos, son **actos administrativos**.

Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de **su objeto y operaciones autorizadas**, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los **demás contratos se regirán por el estatuto general de contratación de la administración pública**". (Se resalta).

Como puede apreciarse, la norma propuesta tenía semejanza material con el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance fue comentado en el capítulo inicial de este concepto.

No obstante, en el informe de ponencia para primer debate se sostuvo que acorde con su nueva naturaleza jurídica de entidad financiera de naturaleza especial debía buscarse un lcetex "(...) más competitivo y eficiente, lo que permitirá contar con más recursos para financiar a más colombianos"<sup>543</sup>.

En otras palabras, si el lcetex realizaba operaciones propias de las instituciones financieras y se buscaba profundizar su participación en el mercado del crédito educativo debía contar con un régimen jurídico especial que correspondiera con dicha actividad comercial. En el aludido informe de ponencia se cita la sentencia C – 508 de 1997 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

"Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que existen también las que han sido llamadas "entidades de carácter especial". Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda la organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entida-

 <sup>542</sup> Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.
 543 Gaceta del Congreso 338 de 2005.

des con características especiales como por ejemplo el Banco de la República o las corporaciones autónomas regionales; y la ley, en repetidas ocasiones, ha creado entidades con régimen especial"<sup>544</sup>.

De esta manera se aprecia una sensible modificación al artículo propuesto en relación con el régimen jurídico del Icetex en materia contractual, así:

"Artículo 8. Régimen Jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica y financiera estarán sujetos a las disposiciones del derecho privado. Los actos que expida para el **cumplimiento de las funciones administrativas** que le confían la ley y los estatutos se sujetan a las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto y operaciones autorizadas, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado". (Resalta la Sala)

Como se observa, la ponencia elimina la mención al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, debido a que el Icetex en su nuevo carácter de entidad financiera estatal de naturaleza especial, realiza actividades financieras y participa en un mercado competitivo como es el del crédito educativo, por lo que en su actividad contractual debe estar en **igualdad** de condiciones al de las instituciones financieras privadas con las que compite, las cuales están sometidas al Código de Comercio y Código Civil (derecho privado), sin perjuicio de las legales y reglamentarias que regulan la actividad financiera (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). De igual manera, las becas no constituyen una prestación económica exigible constitucionalmente, según lo ha señalado la Corte Constitucional:

"Sin duda, las becas son uno de los principales medios a través de los cuales el Estado y los particulares promueven la educación entre la población colombiana. En muchos casos las becas otorgadas por el Estado o por los particulares permiten que personas de escasos recursos accedan a la educación. Sin embargo, las becas no son prestaciones susceptibles de otorgarse universalmente como derechos sociales constitucionales. El acceso a becas de posgrado no hace parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación. Por lo tanto, ni el Legislador y ni el gobierno están en la obligación de proveer becas a todas las personas que carezcan de los recursos necesarios para sufragar los gastos de su educación de posgrado…"<sup>545</sup>.

Ahora, destaca la Sala que el citado artículo 8 reconoce que el Icetex también cumple las funciones administrativas "que le confían la ley y los estatutos" y, por lo mismo, los actos (administrativos) que expida para tal fin se encuentran sometidos al "Código Contencioso Administrativo", hoy CPACA.

<sup>544</sup> Ibídem.

<sup>545 1</sup> Sentencia C - 552 de 2016.

Así las cosas, es claro que el objeto del Icetex como entidad financiera estatal de naturaleza especial está predeterminado por la Ley, según se ha explicado y, por ende, su capacidad jurídica está dirigida a cumplir con las operaciones autorizadas y a ejecutar todos aquellos actos y contratos dirigidos a observar sus deberes legales bajo el desarrollo de una actividad financiera (comercial), para lo cual la Ley 1002 de 2005 sujetó su función contractual, en ese ámbito, a las disposiciones del derecho privado.

Por su parte, cuando se trate del ejercicio de las funciones administrativas asignadas al Icetex la entidad podrá expedir actos administrativos, entre los que se incluyen la declaratoria de siniestro por incumplimiento del contrato y la exigibilidad de la póliza constituida a su favor, en los términos de los numerales 4 y 5 del artículo 99 del CPACA, autotutela declarativa que ha sido reconocida por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1997 hasta la fecha, según se ha explicado.

## 6. Ley 1150 de 2007

Como se precisa en el título mismo de la citada ley, esta no se limitó a introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, sino que dictó disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

Al momento de entrar en vigencia dicha ley, el Icetex ya tenía la calidad de entidad financiera estatal de naturaleza especial por virtud de la Ley 1002 de 2005, por lo que en concordancia con los mandatos de los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 explicados al comienzo de este concepto, se deduce que los contratos estatales celebrados por el Icetex están sometidos a un régimen especial bajo las siguientes reglas:

- Normas especiales de la Ley 1002 de 2005 y, en lo allí no previsto, las que rigen la contratación entre los particulares (derecho privado) como son, entre otras, los Códigos Civil y de Comercio, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para las actividades financieras que le han sido autorizadas;
- Por lo mismo, su actividad contractual está excluida de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan);
- c. En los contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, la entidad podrá expedir actos administrativos en los términos de los numerales 3 y 4 del artículo 99 del CPACA, y
- d. En atención a los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 aplicará los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011).

En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada<sup>546</sup> en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 y 209 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe<sup>547</sup> (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.) y transparencia<sup>548</sup> <sup>549</sup>.

Por su parte, en relación con el artículo 267 C.P., en su actividad contractual el Icetex debe considerar "que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales", según lo dijo lo Sala en el Concepto 2264 de 2015.

Dilucidado el régimen jurídico aplicable a la actividad contractual del Icetex, necesariamente debe concluirse que las potestades que tienen origen en la ley (ex lege) y que conceden una competencia administrativa para expedir actos administrativos unilaterales en virtud a la preeminencia jurídica que la entidad contratante tiene sobre el contratista, no son de recibo en la contratación que adelanta el Icetex en desarrollo de su actividad financiera. En otras palabras, de la revisión del régimen jurídico que regula la contratación del Icetex respecto de tal actividad, no se observa norma legal alguna que le otorgue competencia administrativa para expedir actos administrativos para la imposición unilateral de multas o la declaratoria unilateral de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pactada.

La imposibilidad jurídica de que el Icetex ejerza potestades unilaterales mediante la expedición de actos administrativos, es concordante con su objeto relacionado con la realización de actividades financieras (comerciales), por lo que su actividad contractual se desarrolla bajo la Ley 1002 de 2005, el derecho privado (Código de Comercio y Código Civil) y las normas aplicables a la actividad financiera, en particular el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

<sup>546</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

<sup>547</sup> Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (artículos 1603 C.C. y 871 C.Co.). En el ámbito de la contratación estatal la buena fe, principio general del derecho elevado a canon constitucional en el artículo 83 C.P., se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

<sup>548</sup> El princípio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

<sup>549</sup> Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal "...no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice", según los señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-508 de 2002, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. n.º 24715.

Ahora, en relación con la interpretación del artículo 99 del CPACA (antiguo 68 del CCA), inmerso en la Parte Primera de la nueva codificación, su ámbito de aplicación corresponde a las autoridades en ejercicio de una función administrativa (artículo 2)<sup>550</sup>, condición que si bien no se predica de la actividad financiera – comercial que desarrolla el Icetex en cumplimiento de su objeto, sí se encuentra presente en los contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005.

Por tanto, en los contratos celebrados por el Icetex para cumplir las funciones administrativas asignadas, podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el citado artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida. Para tal fin deberá acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para proferir el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

# C. La prevención del riesgo de incumplimiento en la contratación del Icetex

# 1. Instrumentos con los que cuenta el Icetex para prevenir el riesgo de incumplimiento en ejercicio de la autonomía de la voluntad

En atención al objeto de la consulta, el cual está referido a dilucidar los medios con los que cuenta el Icetex para exigir el cumplimiento de los contratos en los que es parte, la Sala estima que en aplicación del régimen especial que rige su contratación, podrá acudir a todos los instrumentos permitidos en la legislación civil y comercial, o los que se permitan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para garantizar que sus contratistas honren sus obligaciones.

El principio general que preside la actividad contractual (pública o privada) es la autonomía de la voluntad que si bien se ha entendido como la facultad de las personas reconocida por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones en procura de la satisfacción de sus fines o necesidades, lo cierto es que se encuentra claramente limitada por la ley y, "(...) en veces atenuada o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil)" 551.

De tiempo atrás la jurisprudencia y doctrina nacional ha señalado que dicha autonomía se ve reflejada en *i*) la elección de contratar o no contratar, *ii*) escoger la persona del co-contratante; *iii*) determinar el tipo de contrato que va a celebrarse, y *iv*) definir el contenido y régimen del acto jurídico.

<sup>550 &</sup>quot;Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades...".

<sup>551</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

Interesa para el objeto del concepto las dos últimas manifestaciones, y en tal sentido es muy amplia la posibilidad en el campo del derecho privado de determinar libremente el contrato que desea celebrarse entre las partes para atender el interés que persiguen. Así se puede acudir a contratos típicos (regulados expresamente por el Legislador) o atípicos, esto es, ausentes de regulación legal y, por lo mismo, las partes pueden diseñar los efectos del negocio jurídico para logar el propósito patrimonial que les asiste.

En cuanto al contenido del contrato, el límite son las normas inderogables en virtud del orden público, interés general y las buenas costumbres. El contenido del contrato hace referencia a la forma, los términos o condiciones<sup>552</sup> con los cuales las partes van a regular o disponer de sus intereses. Así, el artículo 1501 del Código Civil, en ese contenido deben distinguirse las cosas o elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los que son puramente accidentales; entendiendo por esenciales aquellos sin los cuales el contrato o negocio jurídico no existe o degenera en otro, por naturales los que no siendo esenciales se entienden incorporados en él sin estipulación de las partes, y por accidentales aquellos que no siendo esenciales ni naturales, son incorporados por las partes a través de estipulaciones expresas.

Dado que los contratos del Icetex se rigen por el derecho privado y las normas aplicables a su actividad financiera, las partes pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, a través de cláusulas accidentales al negocio.

El anterior criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia reciente de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar las decisiones contractuales adoptadas por una entidad estatal sometida derecho privado como lo es Ecopetrol en los siguientes términos:

"...resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraríe el orden público" <sup>553</sup>.

En la citada sentencia, al aludir a los actos contractuales como "aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato", se puntualizó:

<sup>552</sup> Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico.* Volumen II. Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, págs. 113 y 114.

<sup>553</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. n.º 57394. M. P. Jaime Orlando Santofimio.

"...Así por ejemplo, los actos que realiza una de las partes del contrato en ejercicio de facultades previamente convenidas, tales como las multas, la terminación unilateral y la liquidación unilateral, entre otras, se constituyen en meros actos contractuales, pues se originan en la autonomía dispositiva o negocial y no en una facultad legal y al pactarlas no se otorga a ninguna de ellas un poder excepcional al derecho común, teniendo en cuenta que 'su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial'.

En conclusión, la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos <u>se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos"<sup>554</sup>. (Subraya la Sala).</u>

De esta manera el Icetex podrá pactar multas, cláusulas penales y exigir las garantías que en ejercicio de la autonomía de la voluntad convengan las partes para cubrir el riesgo que involucra la futura contratación, así como hacerlas efectivas en los términos acordados en el contrato correspondiente.

En relación con seguros de responsabilidad, entre ellos la modalidad de pólizas de cumplimiento, debe reiterarse que el Icetex puede exigir cualquiera de las previstas en el derecho privado. Será el diligente e informado juicio (carga de conocimiento) del Icetex el que permita adoptar la decisión sobre exigir o no las garantías al contratista, con mayor razón si se considera que el riesgo de incumplimiento es uno de los que con más frecuencia se asocia a la contratación en general.

Dado el amplio objeto permitido por la ley al Icetex, particularmente en lo relacionado con crédito educativo y el otorgamiento de subsidios para asegurar el acceso y permanencia de personas de bajos recursos en la educación superior, la Sala estima que el
Icetex puede dar un tratamiento diferenciado en materia de garantías cuando desarrolle
tales actividades, como serían pagarés en blanco con carta de instrucciones, inclusión de
cláusulas aceleratorias en tales pagarés, exigencia de codeudores, avales, cartas de crédito stand by, fiducia en garantía o garantías personales (i.e. fianza) o reales (i.e. prenda,
hipoteca), y cualquier otra autorizada por el derecho privado o fruto de la autonomía de
la voluntad.

Se pone de presente que en este caso específico el Icetex está en competencia con entidades privadas que también ofrecen crédito educativo y, por lo mismo, lo relacionado

con las garantías para tales créditos no puede constituirse en una barrera para el legítimo desarrollo del objeto que la ley autoriza al Icetex.

Por último, en los los contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el citado artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, sobre los actos administrativos que puede proferir el Icetex.

 Otros instrumentos y herramientas jurídicas fundadas en la autonomía de la voluntad para la exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas en los contratos celebrados por el Icetex

Las siguientes medidas están previstas en la ley, o resultan aconsejables según las reglas de la experiencia, la autonomía de la voluntad o son usuales en las cláusulas contractuales y en la disposición final del vínculo cuando se presenten ciertos supuestos convenidos, según el caso:

# 2.1. Compensación

La compensación se sitúa como un modo de extinguir las obligaciones<sup>555</sup> al tenor de lo prescrito por el artículo 1625 del Código Civil; a su vez, el artículo 1714 ibídem dispone que "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una **compensación** que extingue ambas deudas..."; es decir que la compensación tiene cabida cuando cada una de las personas tiene, a la vez, la doble condición de acreedora y deudora.

De esta manera, las multas y cláusula penal que en ejercicio de la autonomía de la voluntad se pacten en los contratos que celebre el lcetex pueden ser descontadas de los saldos adeudados al contratista. Los "descuentos como apremio" son modalidades propias del derecho privado fundadas en la libertad de configuración que permiten asegurar el cumplimiento de los contratos, cláusula que al ser aceptada por el deudor autoriza a que en caso de que se verifique un incumplimiento, se le descuenten de los saldos a su favor las sumas que a título de "apremio" se fijen previamente en el contrato.

Incluso, estima la Sala que puede pactarse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que en el evento en que no resulten sumas a favor del contratista, el cobro del "apremio" pactado se haga efectivo con cargo a las garantías prestadas, lo cual incluye la póliza de cumplimiento.

<sup>555</sup> Además, algunos autores consideran a la compensación como una garantía: "La garantía resulta del hecho que el acreedor que invoca la compensación no necesita ejercer un derecho de acción para procurar el pago de lo que se le debe, y por esta vía evita entrar en concurso con otros acreedores del mismo deudor". Rodríguez, Mónica. El derecho de garantías en Francia. Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet. Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. pp. 515.

# 2.2. El pacto de la condición resolutoria expresa

En cuanto a la terminación unilateral, la falta de enunciación expresa en el Código Civil de la misma dentro de los modos extintivos, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, no es obstáculo ni argumentación plausible para descartar su procedencia jurídica, por cuanto, además de que la misma ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado<sup>556</sup>, una previsión pactada en ese sentido por las partes es válida al auspicio del principio "lex contractus, pacta sunt servanda" (artículo 1602 del C.C.), que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez. No obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el negocio bien puede modificarse o extinguirse si estas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del negocio y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades.

Al respecto el artículo 1530 del Código Civil establece que la obligación condicional es la que depende de una condición -"pendente conditione"-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no, al cual está supeditada la obligación, permaneciendo en suspenso hasta que se realice o resolviéndose, según ella ocurra. Por consiguiente, la condición puede ser suspensiva o resolutiva; la primera "suspende la exigibilidad de un derecho" mientras se cumple, en tanto que la segunda "extingue un derecho" con su cumplimiento (art. 1536 C.C.). Esta última sería la condición resolutoria expresa.

Según lo explica la doctrina mediante este pacto el negocio está subordinado "...a una condición de mantenimiento del acto o contrato; y particularmente en los contratos el no cumplimiento por ambas partes o por una de ellas de las obligaciones que han tomado a su cargo que se indica expresamente por las partes en el contrato o va envuelta tácitamente en él..."557; es decir, "por ella se subordina el nacimiento o el desaparecimiento del vínculo jurídico a un suceso futuro que debe o no acontecer según la voluntad declarada. Si es el desaparecimiento futuro lo que se halla subordinado al suceso futuro que debe o no acontecer, la condición es resolutoria en cuanto desata o resuelve la relación creada por la declaración de voluntad..."558.

La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho, ella se cumple sin decisión judicial y la parte que denuncia al otro su ocurrencia extingue las obligaciones pendientes del negocio. De esta manera, puede pactarse que ante el incumplimiento grave de las obligaciones y compromisos asumidos, cualquiera de las partes, previamente al fin del plazo del contrato, puede darlo por terminado, esto es, verificar e informar el cumplimiento de la condición (hecho futuro e incierto), lo cual hace desaparecer el vínculo jurídico<sup>559</sup>.

<sup>&</sup>quot;En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces (...)" Ibidem. Sentencia de 14 de diciembre de 2010. Exp. No. 41001-31-03-001-2002-08463-01.

<sup>557</sup> Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones III. Tomo Duodécimo, pp. 579 a 580.

<sup>558</sup> Ibídem.

<sup>&</sup>quot;En atención a la naturaleza del instituto depende que las cosas se pongan o no en el mismo estado que estarian si las partes no hubieran contratado, toda vez que '[i]as partes, pueden, por lo demás, arreglar como ellas deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que reciprocamente tengan que hacerse y su convención es la ley entre ellas....' Y en los contratos de tracto sucesivo puede o currir que no sea posible la devolución de las prestaciones y, por ende, que los efectos de la condición no operen ex tunc, es decir, con efectos retroactivos, sino

En este orden de ideas, para la Sala es claro que el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente los contratos estatales es plenamente legal, válido y procedente para entidades sometidas a un régimen de contratación especial como es el caso del Icetex, en tanto que previamente las partes hayan fijado los supuestos de incumplimiento que den lugar a la recisión del negocio jurídico y al cobro de la respectiva clausula penal pactada, según las herramientas que han sido analizadas en este concepto para hacerla efectiva.

### D. El modelo de póliza de cumplimiento a favor del Icetex

El ministerio consultante, por solicitud del despacho del Consejero Ponente, remitió documentación relacionada con la póliza de cumplimiento "ante entidades públicas con régimen privado de contratación". Se aprecia en las condiciones generales de dicha póliza, el numeral 5.2 que contiene el "Procedimiento para declarar el incumplimiento contractual y para exigir el pago de la cláusula penal de apremio y/o la cláusula penal pecuniaria", "procedimiento" que tiene semejanzas inocultables con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Cabe precisar por parte de la Sala que dado el régimen contractual aplicable al Icetex, si dicho procedimiento es entendido como una actuación administrativa y pretende regular una competencia administrativa para la expedición de actos administrativos, la cual es de orden público, el numeral 5.2 de la póliza desconocería, de manera ostensible y arbitraria, el principio de legalidad y de reserva de ley consagrado, entre otros, en los artículos 6, 29, 121 y 150 de la Constitución Política que asigna al Congreso de la República la competencia para regular los procedimientos, asignar las competencias administrativas a las autoridades y establecer los recursos o medios de defensa que pueden interponerse contra las decisiones por ellas proferidas.

Además, establecer como lo hace la citada cláusula que el Icetex debe adelantar un procedimiento para "declarar el incumplimiento" mediante "decisión contractual motivada que constará por escrito", en el entendido que tal "decisión" corresponda a un acto administrativo, se constituye claramente para dicha entidad pública en una condición y exigencia de imposible cumplimiento<sup>560</sup>, como quiera que las potestades unilaterales previstas para la contratación estatal solo pueden estar previstas en la ley (ex lege).

Ahora bien, si el numeral 5.2 de la póliza se ubica en el contexto del derecho privado y corresponde al ejercicio de la autonomía de la voluntad, es viable que las partes pacten un trámite o procedimiento que permita la exigibilidad de la multa y de la cláusula penal, y se satisfagan así las condiciones generales de la póliza de cumplimiento, se insiste, bajo

ex nunc, o sea con efectos hacía el futuro, porque la intención de la partes no ha sido borrarlo, sino ponerle término". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de 18 de julio de 2007, Exp. 31838, actor: Sociedad Sadeico S.A.

En concordancia con lo anterior, la doctrina en materia contractual ha señalado: "(...) respecto de la efectividad de las pólizas, es relevante insistir en que la entidad pública en cada proceso de contratación debe ser consciente de lo que está exigiendo. Es claro que en los casos en que la administración ha **aprobado** unas pólizas de un contratista, en las que se consagra en sus anexos que solamente se procederá al pago una vez se encuentre el acto administrativo en firme, y ésta **carece de la competencia** para emitir actos administrativos sancionatorios, **no existirá posibilidad alguna** de obtener un pago voluntario por parte de la aseguradora. Le corresponde a la entidad, al estructurar sus pliegos de condiciones y **sus minutas de contratos**, establecer las condiciones y requisitos de acuerdo con su competencia efectiva y no proceder a replicar pliegos y contratos de otros procesos, sin saber realmente las razones que llevaron para incluir condiciones y requisitos en estos". De Vivero Arciniegas, Felipe. "Contratación Estatal: aspectos controversiales. Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, D.C., 2007, p. 55

el derecho privado, y sin que tal trámite se constituya en una cláusula abusiva, vejatoria o leonina, en los términos del derecho común<sup>561</sup>.

En el contexto precitado, los actos contractuales se darían como "aquellas manifestaciones o expresiones de la voluntad que se producen con ocasión del contrato" en ejercicio de facultades previamente convenidas, cuyo fundamento es la autonomía dispositiva o negocial, tal como lo reconoce el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, en la Sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. n.º 57394, citada en el acápite anterior de este concepto.

Finalmente, como lo ha señalado la Sala en este concepto, en los contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, se podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el citado artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, que reconoce la competencia del Icetex para proferir actos administrativos. Para tal fin deberá acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para la expedición del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

Con base en las anteriores consideraciones

#### **III. LA SALA RESPONDE:**

1. "¿Puede el Icetex expedir actos administrativos declarando el incumplimiento para hacer exigible la póliza que ampara el contrato, o imponer las multas pactadas?

En caso afirmativo: ¿cuál sería el fundamento y cuál el procedimiento a seguir?

En caso negativo: ¿cuál es la vía legal más expedita que puede utilizar el Icetex para exigir el cumplimiento de los contratos e imponer las multas?"

Dado el objeto autorizado por la ley al Icetex consistente en la realización de actividades financieras en el campo del crédito educativo, se ha consagrado un régimen especial que somete al derecho privado su gestión contractual. Por tanto, en caso de incumplimiento del contratista en los contratos en que desarrolle actividades financieras, el Ice-

<sup>561</sup> Las denominadas "cláusulas abusivas" vejatorias o leoninas son aquellas en virtud de las cuales se establecen facultades mayúsculas o desproporcionadas para una de las partes; o la renuncia, restricción o limitación de aquellas prerrogativas conferidas a una de ellas por el ordenamiento; u obstáculos o restricciones para su utilización; o exoneración total de deberes o responsabilidades de una de las partes en detrimento de la otra, con total carencia de paridad prestacional, generando con ello una inequidad, supremacía, desequilibrio o inestabilidad en los derechos y las obligaciones contractuales durante la celebración o ejecución del negocio, y sin amparo o patrocinio expreso en las disposiciones legales. El ordenamiento jurídico determina la sanción que corresponda a la cláusula abusiva; o en su defecto, para su control debe acudirse a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual, de manera que puede comportar todas las especies de ineficacia dependiendo de lo que puntualice la ley para la materia de que se trate, esto es, la inexistencia, la nulidad total o parcial (según si la afectación versa sobre un elemento existencial o fundamental del negocio jurídico), o incluso, por los hechos descritos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la ineficacia de pleno derecho, que opera sin necesidad de declaración judicial, sanción por la que optó el Legislador en esa misma norma.

tex no tiene competencia para ejercer potestades unilaterales mediante la expedición de actos administrativos que le permitan declarar el incumplimiento para hacer efectiva la garantía que ampara el contrato, o imponer al contratista las multas pactadas.

En virtud del régimen especial de contratación que rige para el Icetex, podrá acudir a todos los instrumentos que permite del derecho privado para exigir el cumplimiento del contrato y hacer efectivas las multas pactadas, bajo los principios de autonomía de la voluntad y libertad de configuración, así como los que regulan la actividad financiera, en los términos expuestos en este concepto.

En última instancia, y como es natural, podrá acudir directamente al juez del contrato para que declare su incumplimiento y la efectividad de la pena fijada por las partes respecto de los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales.

Respecto de los demás contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, se podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, que reconoce la competencia del Icetex para proferir actos administrativos. Para tal fin deberá acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para la expedición del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

 "¿Las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual ante entidades estatales con régimen privado de contratación requieren acto administrativo previo que declare el incumplimiento o el respectivo siniestro para reclamar el amparo?"

Bajo el régimen contractual especial aplicable al Icetex, la ley no le ha otorgado competencia para que mediante acto administrativo declarare el siniestro (incumplimiento) con el fin de hacer efectivo el amparo previsto en la póliza de cumplimiento y de responsabilidad civil exigida al contratista en la cuantía respectiva.

Los requisitos de existencia y validez de los actos administrativos, así como el procedimiento para su expedición, son fijados directamente por el Legislador, y en momento alguno tales competencias pueden ser otorgadas por las partes de un contrato estatal, ni están sometidas a la autonomía de la voluntad.

Las cláusulas de las pólizas de cumplimiento de "entidades estatales con régimen privado de contratación" que las obliguen a adelantar un procedimiento para "declarar el incumplimiento" mediante "decisión contractual motivada que constará por escrito", se constituyen para el Icetex en una condición y exigencia de imposible cumplimiento en tanto sean consideradas actuaciones administrativas tendientes a la expedición de

actos administrativos. Las potestades unilaterales consagradas para la contratación estatal solo pueden estar previstas en la ley (*ex lege*), por lo que clausulas como las referidas implican el desconocimiento del principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, si las condiciones de la póliza se ubican en el contexto del derecho privado y corresponden al ejercicio de la autonomía de la voluntad, es viable que las partes pacten un trámite o procedimiento que permita la exigibilidad de la multa y de la cláula penal, y se satisfagan así las condiciones generales de la póliza de cumplimiento, se insiste, bajo el derecho privado, y sin que tal trámite se constituya en una cláusula abusiva, vejatoria o leonina, en los términos del derecho común.

En los términos señalados por la Sala en este concepto, en los contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, se podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, que reconoce la competencia del Icetex para proferir actos administrativos. Para tal fin deberá acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para la expedición del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

- 3. "¿Qué tipo de póliza puede exigirle el Icetex a sus contratistas, como entidad de naturaleza especial regida por derecho privado en el ámbito contractual, para poder reclamar y hacer efectivos los amparos de cumplimiento y demás riesgos, sin necesidad de emitir un acto administrativo de incumplimiento previo?"
- 4. "¿Cuál sería la denominación de esa póliza?"
- 5. "¿Cuál es la forma idónea para que el Icetex, actuando en contratos que se rigen por el derecho privado, pueda realizar la reclamación ante la aseguradora para obtener el reconocimiento de los amparos de la póliza, sin tener que acudir a la jurisdicción?"

El Icetex con base en su régimen contractual especial podrá exigir, según se pacte por las partes, cualquiera de las garantías previstas en las normas que rigen para los particulares para cubrir los riesgos que involucre la futura contratación, en los términos explicados en este concepto, incluidos los seguros de responsabilidad bajo la modalidad de pólizas de cumplimiento.

En el evento de presentarse un incumplimiento que esté cubierto con una póliza de seguros, el Icetex deberá realizar la correspondiente reclamación ante la aseguradora, siguiendo para el efecto las normas pertinentes del Código de Comercio y las reglas par-

ticulares de la póliza expedida, y acreditando la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la reclamación (artículos 1075 y 1077 C. de Co.).

No obstante, en los demás contratos que celebre el Icetex para el cumplimiento de las funciones administrativas asignadas por la ley y los estatutos, se podrá ejercer el poder de autotutela declarativa reconocido a la Administración por el artículo 99 del CPACA y, en consecuencia, tendrá la potestad unilateral de declarar el incumplimiento contractual para hacer efectiva la garantía exigida, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1002 de 2005, que reconoce la competencia del Icetex para proferir actos administrativos. Para tal fin deberá acudir al procedimiento general previsto para las actuaciones administrativas en los artículos 34 a 46 del CPACA, así como las disposiciones generales previstas para dichas actuaciones en el Título I de ese Código, en donde se destaca el principio del debido proceso administrativo (art. 3, ibídem), para la expedición del acto administrativo de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía pactada.

6. "¿Tiene el Icetex mecanismos legales diferentes al proceso judicial y a la reclamación ante la aseguradora para hacer exigible el pago de la cláusula penal pecuniaria y multas pactadas en los contratos, en caso de eventuales incumplimientos?"

En virtud al régimen especial de contratación que rige para el Icetex, podrá estipular todos los instrumentos que permite el derecho privado bajo los principios de autonomía de la voluntad y libertad de configuración, así como los que regulan la actividad financiera, para exigir el cumplimiento del contrato como serían pagarés en blanco con carta de instrucciones, inclusión de cláusulas aceleratorias en tales pagarés, exigencia de codeudores o garantías personales o reales, y cualquier otra autorizada por el derecho privado o fruto de la autonomía de la voluntad, a los que de manera ejemplificativa se ha hecho alusión en el presente concepto.

Puede acudir a la compensación, así como al pacto de "descuentos como apremio", en tanto modalidad propia de la autonomía de la voluntad. Igualmente, puede pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que en el evento en que no resulten sumas a favor del contratista, el cobro del "apremio" se haga efectivo con cargo a la garantía prestada mediante la póliza de cumplimiento.

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

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

